

WYROK

z dnia 28 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2018 r., w Warszawie, odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez
wykonawcę

Greg Print Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa
ul. Poezji 19, 44-113 Gliwice

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Centralną Komisję Egzaminacyjną ul. Marka Edelmana 6, 00-190 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Samindruk
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Sikorskiego 37, 87-300 Brodnica oraz
Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością Al. NMP 52, 42-200 Częstochowa zgłaszających przystąpienie do
postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3
w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4
ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodtajnienie wyjaśnień
rażąco niskiej ceny (załącznik 32. do protokołu postępowania),
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3
w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4
ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodtajnienie załącznika 56.
i 58. do protokołu postępowania i nakazuje Centralnej Komisji Egzaminacyjnej
unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ujawnienie
załącznika 56. i 58. do protokołu postępowania w części dotychczas nieujawnionej,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża w równych częściach Greg Print Spółkę
z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową i Centralną Komisję
Egzaminacyjną i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Greg
Print Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową tytułem
wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od Centralnej Komisji Egzaminacyjnej na rzecz Greg Print Spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej kwotę 9 300 zł 00 gr
(słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy kwoty wpisu i połowy wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1797/18

Zamawiający - Centralna Komisja Egzaminacyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do przeprowadzenia egzaminu zawodowego w miesiącu styczeń - luty 2019 r. i czerwiec - lipiec 2019 r.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 21 kwietnia 2018 r. pod numerem 2018/S 078-173681. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący - Greg Print Sp. z o.o. sp. komandytowa wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, podczas gdy wyjaśnienia złożone w ramach procedury tzw. self-cleaningu (samooczyszczenia) nie potwierdziły, że Konsorcjum jest wykonawcą rzetelnym i możliwym jest odstąpienie od wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy już KIO w poprzednim wyroku w niniejszej sprawie, tj. KIO 1428/18 uznało, że podstawa do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zaistniała, ale nie zrealizowano self-cleaningu, co było podstawą uwzględnienia odwołania Konsorcjum,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, która stanowi rażąco niską cenę lub elementy ceny, a nadto jest niższa ponad 30% od wartości wskazanej w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy przedstawiony przez nie formularz cenowy stanowi manipulację cenową, która doprowadziła do przyjęcia korzystniejszych wyników w celu uzyskania określonej punktacji w kryterium oceny ofert, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny (załącznik nr 32 do protokołu); częściowo uzupełnień/wyjaśnień złożonych na skutek wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (załącznik nr 56 do protokołu), nakazanych przez KIO w wyroku w sprawie KIO 1428/18; częściowo w zakresie dokumentów złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (załącznik nr 56 do protokołu); częściowo w zakresie uzupełnienia (załącznik nr 58 do

protokołu); podczas gdy te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być skutecznie zastrzeżone,

5. art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1, 2 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania oraz innych niektórych dokumentów z postępowania, takich jakich wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny niezwłocznie po wniosku Odwołującego i przekazanie ich dopiero 5 września 2018 r., co w konsekwencji prowadzi do istotnego utrudnienia Odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej,

6. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która winna zostać odrzucona lub została złożona przez wykonawcę, który winien być wykluczony, jak też wobec zaniechania obowiązków przez Zamawiającego i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób wadliwy.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31 sierpnia 2018 r.,
2. odrzucenie oferty Konsorcjum,
3. wykluczenie Konsorcjum,
4. odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum niezasadnie jako tajemnica przedsiębiorstwa,
5. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
6. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że wyrokiem KIO z 3 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1428/18, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, unieważniono czynność Zamawiającego i nakazano wezwać Konsorcjum w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do poprawienia lub uzupełnienia części III pkt C wiersz 7 Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. KIO zakwestionowało jedynie wykluczenie Konsorcjum w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Konsorcjum z przyczyn formalnych uznając jednocześnie, że wszelkie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 zaszyły. Realizując wyrok Zamawiający wezwał

Konsorcjum 13 sierpnia 2018 r., a 21 sierpnia 2018 r. Konsorcjum przedstawiło wyjaśnienia i dokumenty.

Przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zaszyły ze względu na zasądzenie odszkodowania oraz niewykonanie/nienależyte wykonanie umowy w istotnym zakresie. Kwestią sporną jest zatem, czy procedura samooczyszczczenia przeprowadzona na skutek ww. wyroku uzasadniała zastosowanie art. 24 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechanie wykluczenia. Brak też było podstaw do zastrzeżenia informacji z procedury samooczyszczczenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym argumentacja ujawniona i przedłożona w ramach procedury samooczyszczczenia, jako powielająca argumentację złożoną wcześniej na wezwanie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może mieć wpływu na ocenę czy Konsorcjum dokonało skutecznego samooczyszczczenia. Konsorcjum stara się kwestionować przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, mimo że ta kwestia została już rozstrzygnięta, argumentacja z punktu I pisma „samooczyszczającego” jest zatem bez znaczenia, a aby się samooczyścić, trzeba się przyznać. Odwołujący nie ma wiedzy, z uwagi na bezzasadne zastrzeżenie tajemnicy, co znajduje się w punkcie II ww. pisma. W punkcie III. ww. wyjaśnień Konsorcjum powołuje się na wdrożenie systemu zarządzania jakością. Odwołujący podkreślił nieścisłości w wyjaśnieniach oraz w załączonych na tę okoliczność dokumentach dotyczące dat otrzymania certyfikatów ISO 9001 (zarządzanie jakością), ISO 14001 (zarządzanie środowiskowe) oraz ISO 27001 (zarządzanie bezpieczeństwem informacji). Na ewentualną prawidłowość wykonywania zamówienia, jak w przypadku Gminy Tarnów, może mieć wpływ tylko certyfikacja ISO 9001. Jednakże, jak wynika z załączonego do wyjaśnień certyfikatu, pierwsza certyfikacja w tym zakresie nastąpiła w roku 2006 r. Przedmiotowy certyfikat informuje jedynie o przedłużeniu certyfikacji, a nie o pozyskaniu nowego certyfikatu. Tym samym konsorcjant obciążony odszkodowaniem z wyroków sądów posiadał certyfikat ISO 9001 już w roku 2014, a zatem przed wydaniem wyroków przez sądy i zaistnieniem wskazanego uchybienia. Z faktu opisanego w wyrokach sądów oraz w wyroku KIO, czyli z

faktu nienależytego działania tego podmiotu wprost zatem wynika, że certyfikat ISO 9001 nie ustrzegł przed nienależytym wykonaniem umowy. Pozostałe dwa certyfikaty nie mają znaczenia dla produkcji w sensie poprawnego wykonania usługi druku, czego dotyczył ówczesny błąd. Ta okoliczność powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do rzeczywistej rzetelności Konsorcjum i czy Konsorcjum nie próbuje ponownie wprowadzić w błąd Zamawiającego, czyli że znów zachodziłaby okoliczność z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Co więcej, Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. zrezygnowała z renomowanej certyfikacji przygotowywanej przez firmę TUV Rheinland. Podpunkt 2-4 pisma bezzasadnie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło Odwołującemu weryfikację działań Konsorcjum. Podpunkt 5 pisma dotyczy posiadanego certyfikatu bezpieczeństwa ABW, który nie ma znaczenia w kontekście prawidłowej realizacji umowy w związku z uprzednim nienależytym wykonaniem umowy o zamówienie publiczne. W punkcie IV wyjaśnień Konsorcjum kwestionuje ustalenia poprzedniego wyroku KIO w niniejszej sprawie. Konsorcjum powołuje się też na fakt zapłaty odszkodowania jako mający być skutecznym samooczyszczeniem, która to zapłata była spowodowana prawomocnym wyrokiem sądu, a jej brak spowodowałby ściąganie kwoty odszkodowania w toku postępowania egzekucyjnego. Samo jednak zapłacenie odszkodowania nie może skutkować tym, że procedura samooczyszczenia była skuteczna. Kolejnym elementem wyjaśnień samooczyszczenia jest duży fragment o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Do pisma Konsorcjum załączyło też np. referencje z 28 lipca 2014 r. dla Częstochowskich Zakładów Graficznych Sp. z o.o., czyli przed sprawą z Gminą Tarnów, która zakończyła się niekorzystnymi dla wykonawcy wyrokami (umowa z października 2014 r.), również kolejne referencje z 27 listopada 2014 r., 25 listopada 2014 r., 5 listopada 2015 r., dotyczą okresu sprzed ww. wyroków, więc nie realizują czynności przewidzianych w art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zapłata odszkodowania nastąpiła na skutek ww. wyroków, była zatem działaniem wymuszonym.

W art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzono instytucję samooczyszczenia się wykonawcy, zwaną „self-cleaningiem”, która daje możliwość wykazania przez wykonawcę swojej rzetelności, pomimo zaistnienia wobec niego wymienionych podstaw wykluczenia. Środki dowodowe zostały wskazane w sposób przykładowy, przy czym ocena, czy podjęte przez wykonawcę działania można w konkretnych okolicznościach, z uwzględnieniem zaistniałej przesłanki wykluczenia, uznać za wystarczające do wykazania rzetelności danego wykonawcy, należy do zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Katalog otwarty z tego przepisu dotyczy zakresu po słowie „w szczególności”, a przed słowem „oraz”. Wobec tego sam fakt zapłaty odszkodowania - i to po przeprowadzeniu postępowania sądowego w I i II instancji, gdzie członek Konsorcjum składał apelację i doszło do przymusowej zapłaty odszkodowania - nie jest wystarczający. Spójnik „oraz” oznacza, że aby się „samooczyszczyć”, trzeba spełnić obie przesłanki, z których pierwsza dotyczy przeszłości, a druga przyszłości. Konsorcjum przede wszystkim zaś nie wykazało drugiej, czyli „oraz” podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.” Przedłożone przez Konsorcjum certyfikaty nie wskazują na podjęcie takich działań. Przy czym Konsorcjum chciało wprowadzić w błąd, wskazując, że jedyny wartościowy w tym zakresie certyfikat (ISO 9001) uzyskało po sprawie z Gminą Tarnów. Jednakże na tymże certyfikacie mowa jest, że jest on wydany od roku 2006, a sam certyfikat stanowi jedynie przedłużenie.

Jednocześnie, w świetle orzecznictwa, żeby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu. Jeśli temu zaprzecza, jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Konsorcjum zarówno w wyjaśnieniach w JEDZ, w poprzednim odwołaniu, jak i w piśmie samooczyszczającym neguje, iż sprawa z Gminą Tarnów realizowała przesłanki z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to mimo wyroku KIO w niniejszym postępowaniu, gdzie wskazano zaistnienie wszystkich przesłanek ww. przepisu. Konsorcjum nie wskazało też, jak podjęte przez niego środki zaradcze mogą uchronić zamawiających od wcześniejszej nierzetelności wykonawcy, a zatem, że teraz jest rzetelny. Brak w wyjaśnieniach wskazania na powiązania pomiędzy przyczyną zasądzenia odszkodowania a podjętym rzekomym działaniem. Dokumenty złożone w ramach samooczyszczenia to dokumenty odnoszące się szeroko do całej działalności Konsorcjum, czy jego członka, jednak brak jest w nich, jak również w samych wyjaśnieniach, powiązania pomiędzy podjętymi działaniami a okolicznościami, które doprowadziły do niewykonania w istotnym stopniu wcześniejszych umów zasądzenia odszkodowania. Jak orzecznictwo przyjmuje, wykonawca powinien wpiery przyznać podstawy wykluczenia w sposób jednoznaczny, wskazać na konkretne przyczyny zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia, a następnie przedstawić wyjaśnienia i dowody odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, a więc wskazać na takie działania, które wyeliminują wystąpienie przyczyn zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia w przyszłości. Nie są wystarczające dowody, które w sposób ogólny wskazują na środki podjęte w ramach prowadzenia działalności bez ich powiązania z faktycznymi podstawami wykluczenia.

Wykonawca poprzez złożone w ramach samooczystczenia środki dowodowe nie udowodnił, że wprowadzone zmiany doprowadzą do wyeliminowania przyczyn niewłaściwego zachowania wykonawcy w przyszłości. Zapłata odszkodowania ma być dobrowolna i samodzielna. Taką dobrowolnością nie będzie potrącanie wzajemnych różnych należności, czy konieczność realizacji wyroku sądu.

Zamawiający powziął wątpliwość, czy zaproponowane przez Konsorcjum ceny nie zawierają rażąco niskiej ceny. Ze względu na zastrzeżenie tajemnicy Odwołujący nie jest w stanie tych wyjaśnień zweryfikować, ale znając branżę i wcześniejsze zachowania Konsorcjum uważa, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Wartość podana przy otwarciu ofert przez Zamawiającego to kwota 20.855.000 zł brutto, wartość szacunkowa zamówienia to 22.488.388,44 zł, cena ofertowa Konsorcjum to 15.247.542,61 zł brutto, a prognozowana cena za wykonanie zamówienia to 14.935.093,63 zł brutto. Było zatem prowadzone obligatoryjne postępowanie wyjaśniające w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający prowadził wiele podobnych, czy nawet tożsamyh przetargów, zatem lata praktyki i uzyskiwanie doświadczenia nabyte na skutek realizacji takich zamówień pozwalają na w miarę precyzyjne dokonanie szacowania wartości zamówienia. Podając kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, Zamawiający oszacował też koszty wszelki związanych usług.

Nie znając treści wyjaśnień, Odwołujący wskazał, że ceny Konsorcjum nie zawierają wszystkich kosztów, bowiem nie zawierają m.in. kosztów podwyżki w roku 2019 cen usług świadczonych przez Poczta Polska S.A. o około 15%, o czym Poczta Polska już informuje. Konsorcjum nie uwzględniło też kosztów spełnienia wymogów w zakresie tajności produkcji, gdyż w okresie realizacji zamówienia, należy ograniczyć inną działalność.

Zdaniem Odwołującego ceny Konsorcjum nie spełniają też wymogów, które wynikają z opisów przedmiotu zamówienia, ale literalnie nie zostały wyszczególnione w przygotowanych przez Zamawiającego tabelach, jak: 1) egzamin pisemny - koszty czynności związanych z insertowaniem „kart odpowiedzi” do arkuszy egzaminacyjnych;

2) egzamin praktyczny - koszty czynności związanych z insertowaniem „kart ocen” do arkuszy egzaminacyjnych oraz koszty czynności związanych z insertowaniem do niektórych kwalifikacji: mappek, schematów elektrycznych, arkuszy papieru samokopiującego itp.;

3) egzamin praktyczny - koszty oklejenia „zasad oceniania” zabezpieczającymi etykietami samoprzylepnymi oraz koszty zszycia drutem na dwie klamry; 4) egzamin pisemny i praktyczny - jednostkowe ceny arkuszy egzaminacyjnych, zasad oceniania, kart odpowiedzi, kart oceny i pozostałych druków nie uwzględniają kosztów zwiększonego nakładu wynikającego z konieczności wydrukowania dodatkowych arkuszy na każdą drukowaną kwalifikację w minimalnych ilościach podanych poniżej: a) Okręgowych Komisji Egzaminacyjnych i Centralnej Komisji Egzaminacyjnej w ramach korekty - sztuk 9, b) Okręgowych Komisji Egzaminacyjnych w ramach dostawy zestawów rezerwowych - sztuk 9, c) Komórek Usług Ekspresowych Poczta Polska w ramach procedury awaryjnej - sztuk 54, d) Centralnej Komisji Egzaminacyjnej w ramach akceptacji do druku - sztuk 1.

Odwołujący zwrócił również uwagę na koszty związane z przygotowaniem specjalnego oprogramowania do obsługi zamówienia, za co Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty za spełnienie wymagań techniczno-funkcjonalnych (waga 39%). Koszt spełnienia tych wymogów również należało ująć w kosztach druków. Przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami. Odwołujący nie wie, czy Konsorcjum załączyło dowody do wyjaśnień, ale mając na uwadze brak wykazania zastrzeżenia (udowodnienia) tajemnicy przedsiębiorstwa, to taka sytuacja nie miała miejsca. To powoduje, że wyjaśnienia powinny budzić wątpliwości.

W zakresie jawnych dokumentów - nierealność zaoferowanych cen wynika ze sprzeczności danych cenowych, ujętych w formularzach cenowych Konsorcjum. Z ofertą należało złożyć: załącznik nr 1a do formularza oferty - formularz cenowy do egzaminu potwierdzającego kwalifikacje w zawodzie styczeń - luty 2019 oraz załącznik nr 2a do formularza oferty - formularz cenowy do egzaminu potwierdzającego kwalifikacje w zawodzie czerwiec - lipiec 2019. W obu tych załącznikach występują podobne nieścisłości, budzące wątpliwości co do rzetelności oferty Konsorcjum i przeprowadzenia rzeczywistych obliczeń. Odwołujący przedstawił rozbieżności na przykładzie załącznika 1a.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - opis przedmiotu zamówienia sesja styczeń - luty 2019 arkusze egzaminacyjne z pierwszego wiersza tabeli to 12-stronicowe broszury wydrukowane w CMYK, w drugim wierszu tabeli ujęto 12-stronicowe

broszury, które odróżnia od pierwszych żółta okładka oraz czerwony prostokąt z napisem PODSTAWA PROGRAMOWA 2017. Oba te produkty to druki o identycznych parametrach, a zatem cena ich druku jest taka sama. Czytając opis przedmiotu zamówienia stwierdzić trzeba, że ceny z pozycji 2. powinny być nawet niższe, ponieważ Zamawiający wymaga, żeby druki z wiersza pierwszego tabeli były kolorowe, a z wiersza drugiego mają mieć kolorową tylko stronę tytułową. Manipulacja polega na tym, że Konsorcjum sztucznie zawyża jedne stawki, jednocześnie drastycznie obniżając inne. 33. Podobnie jest w kolejnych wierszach tej tabeli: w wierszu 11. i 12. ujęto arkusze egzaminacyjne tego samego typu - 24-stronicowe broszury i tu oferta pokazuje podobne ceny; pewnie dlatego, że ze względu na ilość mają one minimalny wpływ na ostateczną cenę oferty. Podobną wątpliwą sytuację widać w wierszach 3., 15. i 17. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia to także druki o identycznych parametrach, tym samym koszt druku powinien być taki sam.

W tabeli w dolnej części załącznika nr 1a, w wierszach 24, 25, 26, 27, 28 i 34 zaprezentowano ceny zwykłych płyt CD, na które nagrywane są pliki przekazane przez Zamawiającego. Natomiast wiersze 35. i 36. to komplety dwóch płyt: pierwsza to profesjonalne nagrania audio z udziałem lektorów, realizowane w studio nagrań, poddane masteringowi, druga to płyta z plikami Word. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe, żeby dwie płyty były tańsze od jednej, a także, że proste nagrania plików na płyty są droższe od nagrań audio. Wątpliwości dotyczą też ceny jednostkowej brutto za płyty typu audio - Konsorcjum wskazało, że wykonanie tych płyt zleci firmie Studio Hard Record z Warszawy. Odwołujący także zleca tej firmie wykonanie płyt audio i cena rynkowa jest zdecydowanie wyższa niż kwota podana przez Konsorcjum. Nawet przy największych obniżkach (bez specjalnych przywilejów od sprzedawcy) nie da się uzyskać takiej kwoty. Wydaje się niemożliwe, żeby ta sama firma oferowała te same płyty audio w tak różnych cenach, nawet jeśli Konsorcjum miałoby znaczne rabaty.

Cena oferty ma być realna, a cena oraz ceny jednostkowe są nierealne i są rażąco niskie. Na przykładzie ww. płyt CD Konsorcjum znacznie będzie dopłacać do ich produkcji. Odwołujący podał tu realną cenę, tj. 123 zł, uzyskaną w oparciu o specjalną ofertę. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Konsorcjum podało rażąco zaniżone ceny jednostkowe w zakresie, w jakim miało to wpływ na uzyskanie korzystniejszej punktacji, w oderwaniu od realnych cen wytworzenia. Wykonawca, wobec którego oferty podniesiono zarzut rażąco niskiej ceny nie może prezentować nowych okoliczności, nowych założeń w kontekście ustalenia ceny ofertowej, lecz winien dowodzić, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprostął ciążącym na nim obowiązkom wynikającym z wezwania. Co do zasady w ramach procesu wyjaśniania ceny ofertowej wykonawca odpowiada na wyartykułowane wątpliwości podmiotu zamawiającego, w tym odpowiada nierzadko na bardzo szczegółowe pytania. Oznacza to, że jego wyjaśnienia są ściśle związane z kierowanymi do niego przez zamawiającego pytaniami i trudno zakładać, że winien on wyjaśniać wszelkie składniki ceny - nawet te, które nie budzą u zamawiającego żadnych wątpliwości.

Odwołujący zarzucił też, że oferta Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci manipulacji cenami jednostkowymi. Manipulacja ta przejawia się w sprzeczności danych cenowych, na które wskazał przy zarzucie rażąco niskiej ceny, ujętych w formularzach cenowych Konsorcjum. W formularzu cenowym do egzaminu potwierdzającego kwalifikacje w zawodzie styczeń - luty 2019 oraz w formularzu cenowym do egzaminu potwierdzającego kwalifikacje w zawodzie czerwiec - lipiec 2019 występują podobne nieścisłości, budzące wątpliwość co do rzetelności oferty Konsorcjum i przeprowadzenia rzeczywistych obliczeń. Manipulacja polega na tym, że Konsorcjum sztucznie zawyża jedne stawki, jednocześnie drastycznie obniżając inne.

KIO wielokrotnie w orzecznictwie podkreślała, że zachowaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami jest manipulowanie cenami polegające na celowym przyjmowaniu rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty. W

orzecznictwie Izba oceniała jako naganne prowadzenie przez wykonawców tzw. „inżynierii

cenowej”, mającej na celu jedynie zdobycie przewagi punktowej i prowadzącej w konsekwencji do wyboru oferty najkorzystniejszej, które jest jednocześnie ofertą najdroższą: „Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc <<manipulowanie>> proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.” (sygn. akt KIO 1934/12, akt: KIO 640/11). Podobne stanowisko wyrażano w orzeczeniach sygn. akt KIO

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy dokonywali wyliczenia ceny ofertowej na podstawie wyspecyfikowaniu cen z załącznikach do formularzy ofert, a Zamawiający na jego podstawie dokonywał porównania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej pod kątem uzyskanych średnich, natomiast ostateczne wynagrodzenie wykonawcy było ustalane na podstawie cen jednostkowych. Zatem wykonawcy byli zobowiązani do wycenienia druków np. z pozycji 5. załącznika 1a (arkusz egzaminacyjny A4 sztuk 4640) również w zakresie znacznie przekraczającym tę liczbę, czyli pozycji od VIII-XIII są bez znaczenia. Fakt zaś podania w tych pozycjach cen znacznie niższych od przewidzianych w zakresie liczby pierwotnej, miał na celu uzyskanie „korzystnej” średniej (pozycja XIV), która po przemnożeniu przez liczbę materiałów dawała cenę liczoną do oferty. Zatem wskazywanie niskich pozycji w tabelach, które są bez znaczenia dla rzeczywistego wykonania zamówienia, mając na uwadze liczbę materiałów, miało na celu uzyskanie korzystnej ceny średniej branej pod uwagę do wyliczenia ceny ofertowej, za to zaś w podkryterium cenowym nr 2 przyznawano 15 punktów.

Ponadto działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązane do należytego działania, polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, gdyż uczciwe konkutowanie przedsiębiorców ma opierać się na elemencie rywalizacji cenowej i jakościowej.

Celem zastosowania art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. W ustawie Prawo zamówień publicznych termin „utrudnianie dostępu do rynku” jest rozumiany jako utrudnianie prowadzenia działalności gospodarczej innym przedsiębiorcom. Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowania, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. Pojęcie „dostęp do rynku zamówień publicznych” należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych (wyrok SA w Warszawie z 10 kwietnia 2013 r., I ACa 1173/12).

Czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Działanie sprawcy popełniającego czyn nieuczciwej konkurencji charakteryzuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. W zakresie sprzeczności z prawem nie ulega wątpliwości, że czyny sprzeczne z nakazami prawa cywilnego mogą również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (przy spełnieniu pozostałych przesłanek). Zaś sprzeczność z dobrymi obyczajami jest interpretowana w orzecnictwie w duchu podejścia ekonomiczno-funkcjonalnego. Oznacza to, że celem jest „zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być <<przejrzysta>> czytelna dla przedsiębiorców i klientów a jej wyniki niezafałszowane” (J. Szwaja, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2006, s. 157). Tak również Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 4 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 923/12.

Zasadą w postępowaniu jest jego jawność, każdemu z wykonawców, którzy złożyli ofertę przysługuje prawo dokonania wglądu do ofert i dokumentów wykonawców. Wykonawca ma prawo kwestionować każdą czynność i zaniechanie zamawiającego. Zastrzeżenie dokumentów złożonych jako tajemnica przedsiębiorstwa uniemożliwia wykonawcy analizę oferty konkurencyjnej celem oceny prawidłowości dokonanej przez zamawiającego czynności oceny ofert. Z tego względu każdemu z wykonawców przysługuje prawo do złożenia odwołania w sytuacji, gdy zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów.

Nieodtajnienie przez Zamawiającego dokumentów powoduje, że Odwołujący nie ma możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa. Zgodnie z wyrokiem KIO 1535/14 informacja o podmiotach, które realizują umowę w trybie zamówienia publicznego, z założenia jest jawna. Zatem współpraca pomiędzy podmiotami odbywa się jawnie, a kwestia zastrzeżenia informacji jako poufnej w stosunku do podmiotów udostępniających potencjał jest kuriozalna z uwagi na fakt, iż tuż po podpisaniu umowy podmiotu te będą musiały się ujawnić i ich dane nie będą poufne. Z uwagi na to, zastrzeganie ich tożsamości niejako „na chwilę” (czas weryfikacji ofert) wskazuje na cel takiego zastrzeżenia i brak statusu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu publicznym powinien mieć świadomość, że postępowanie takie jest jawne i wszystkie informacje wskazane w ofercie zostaną ujawnione. Nie jest więc niczym nadzwyczajnym i nie świadczy o przewadze konkurencyjnej sam fakt współpracy

z określonymi podmiotami na rynku, które posiadają doświadczenie. Dokumenty urzędowe podmiotów udostępniających zasoby, jak wyciągi z Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, listy referencyjne wydawane są w celu przedstawienia ich innym podmiotom nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro powyższe dokumenty są jawne, nie jest uprawnione zastrzeżenie nieujawniania ich treści w postępowaniu. Jedną z przesłanek ustawowych, niezbędnych do uznania informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa jest fakt nieujawnienia tych informacji do wiadomości publicznej. Ta przesłanka nie jest spełniona w stosunku do ww. dokumentów urzędowych. Adresatami referencji jest zaś nieograniczony krąg podmiotów, są one bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które mogą być zainteresowane ich treścią. Gdyby wystawiający referencje nie był zainteresowany ujawnieniem określonych informacji podawanych w treści referencji, wówczas nie wystawiałby referencji określonej treści lub też w treści tych referencji zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione. W sytuacji zaś, gdy takie okoliczności nie nastąpiły, należy uznać, że treść referencji jest jawna. Powyższe tyczy się też wszystkich JEDZów.

W analogicznej sprawie rozpatrywanej przed KIO nakazano odtajnienie zastrzeżonych jako tajemnica informacji spółce Saminodruk Sp. z o.o. - wyrok KIO 1550/18.

Szczególnie dotyczy to załączników nr 13-18 do pisma Konsorcjum z 24 sierpnia 2018 r. Niezasadne utajnienie tych danych skutkuje brakiem możliwości rzeczywistej weryfikacji, czy Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, utajniono bowiem dane podmiotu trzeciego.

Wszędzie, gdzie zastrzegało tajemnicę przedsiębiorstwa, Konsorcjum wymieniało działania w postaci: 1) zastrzeżenia informacji we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, 2) ograniczenia kręgu osób, które mają dostęp do informacji, 3) zobowiązania pracowników do zachowania poufności, 4) szkolenia nowych pracowników/współpracowników pod kątem postępowania z informacjami opatrzonymi klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, 5) wprowadzenia procedury postępowania odnośnie informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, 6) ustanowienia wysokich kar umownych za naruszenie klauzul dotyczących poufności. Jednakże wykonawca nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów. Z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że wykonawca musi „wykazać” te okoliczności, ciężko zaś za wykazanie uznać same oświadczenia, i to samego wykonawcy, które są niczym nie poparte. Konsorcjum mogło zaś przedstawić stosowane dowody w postaci umów, protokołów szkoleniowych, zobowiązań pracowników, przedstawić dokumenty zawierające procedurę postępowania. Na konieczność przedłożenia takich dokumentów wskazano w wyroku KIO 1550/18.

„Brak możliwości zbadania treści zobowiązań, które mogą okazać się wadliwe, lub wykazów doświadczenia osób, co jest punktowne i przesądza o wyborze najkorzystniejszej oferty, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie prowadzenia postępowania. Podmiot trzeci, który udziela doświadczenia ma kluczową rolę w postępowaniu, nie mniejszą niż rola partnera konsorcjum. Informacja o tym, który podmiot udzieli doświadczenia danemu wykonawcy, jest informacją kluczową, która co do zasady musi być ujawniona, ponieważ stanowi element podstawowy związany z prymatem zasady jawności w postępowaniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter oświadczenia, które należy traktować na równi z oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w kontekście możliwości jego ujawnienia, które co do zasady nie są tajne. Tak jak nie powinien być tajny JEDZ podmiotów trzecich i podwykonawców.” (sygn. akt KIO 90/17).

Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 czerwca 2018 r. (sygn. XXIII Ga 95/18, XXIII Ga 103/18), tajemnicą przedsiębiorstwa jest „know-how”, a nie „know about”. Tym samym, chroniona jest „wiedza jak”, a nie „wiedza o”. Sąd wskazał też na art. 39 ust. 2 TRIPS - osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo, jak takie informacje: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i łącznie ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; i c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności. Utajnienie wskazanych informacji/dokumentów przez Konsorcjum ma na celu tylko utrudnienie weryfikacji prawdziwości ich przez konkurenta. Konsorcjum doskonale wie, że Odwołujący znając treść wyjaśnień w prosty sposób by wykazał ich nieprawdziwość. Zamawiający, uniemożliwiając wgląd w treść wyjaśnień, uniemożliwia realizację praw Odwołującego. Wskazane w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki muszą zająć łącznie, aby mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia nie mają zatem charakteru spełniającego te kryteria. Zgodnie z wyrokiem KIO, sygn. KIO 1016/12

„zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie wybranej w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą. Brak jest też podstaw do utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (załącznik nr 32 do protokołu); częściowo uzupełnień/wyjaśnień złożonych na skutek wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (załącznik nr 56 do protokołu), nakazanym przez KIO w wyroku sygn. KIO 1428/18; częściowo w zakresie dokumentów złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (załącznik nr 56 do protokołu); częściowo w zakresie uzupełnienia (załącznik nr 58 do protokołu). Według Odwołujący również w stosunku do zastrzeżenia jako tajemnicy wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum nie wykazało, że dane wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi z 17 marca 2015 r., sygn. III Ca 1904/14: „W ocenie Sądu Okręgowego wykonawca wybrany zaślaniając się rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa miał na celu ukrycie przed odwołującym sposobu obliczenia ceny i uniemożliwienie mu tym samym wykazanie w postępowaniu odwoławczym, że cena zawarta w ofercie skarżącego jest rażąco niska. Takie działanie jest niedopuszczalne. Złożone przez wykonawcę wybranego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie operują konkretnymi danymi wskazującymi na sposób pozyskiwania zasobów służących wykonywaniu działalności, że wskazaniem konkretnych nazw i adresów, obrazują jedynie ceny przyjęte na użytek danego postępowania, nie ujawniają natomiast stosowanej marży oraz źródeł pozyskiwania zasobów, które służą realizacji także i innych zamówień. Bez wątpienia nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa ogólne stwierdzenia wykonawcy wybranego, lub też zwykłe obliczenia, na podstawie jakiś danych, bez jednoczesnego wskazania na źródło ich pochodzenia, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowią także oszacowane przez wykonawcę wybranego kwoty, które nie wynikają z żadnych poufnych dokumentów, a są jedynie niczym nieopartymi prognozami lub szacunkami (...). Poufność może dotyczyć jedynie drobnych, pojedynczych informacji, wynikających z poufnych dokumentów, a nie kilkustronicowych wyjaśnień, których poufność w żaden sposób nie została wykazana.”

Przesłanki rzekomo dokonane w celu zapewnienia działań w zakresie zachowania poufności (np. str. 20 pisma w sprawie samooczystczenia) stanowią jedynie niczym nieoparte twierdzenia. Tych twierdzeń Konsorcjum po złożeniu tego pisma, z uwagi na treść art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może uzupełniać. Konsorcjum nie przedłożyło nawet części dokumentów tam wymienionych. Odwołujący zwrócił też uwagę na oświadczenie Konsorcjum ze strony 21 ww. pisma, że nie może ujawnić wszystkich podjętych środków ochrony informacji i dokumentów i samo ujawnienie listy podjętych środków. Lista zaś podjętych środków nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum nie podało nawet, co zastrzega jako tajemnicę w piśmie o samooczystczeniu (załączniki nr 1, 2 i 5), nie jest zaś zgodnym z przepisami zastrzeganie nazwy załącznika i to niezależnie od jego treści. Konsorcjum stara się zastrzec jako tajemnicę argumentację prawną, przytoczone fragmenty orzecznictwa i doktryny.

Ujawnieniu powinna też podlegać dokumentacja złożona na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. załącznik 13 i następne w utajnionym zakresie. Dokonanie utajnienia danych z załącznika nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje niemożliwość weryfikacji, czy Konsorcjum spełniło warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający powinien zatem odtajnić ww. wykazy. Dotyczy to również dokumentów złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, które Konsorcjum przedłożyło wraz z pismem z 30 sierpnia 2018 r.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania zasadności takiego zastrzeżenia i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek ten wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z 21 października 2005 r., sygn. III CZP 74/05.

Odwołujący i Konsorcjum, jako podmioty działające w tej samej branży są władne dokonać oceny prawidłowości wyceny konkurenta, nawet w oparciu o same wyjaśnienia. Utajniając treść wyjaśnień, pozbawiono Odwołującego możliwości dokonania weryfikacji wyjaśnień oraz

prawidłowości ustalenia cen. Informacje zawarte w wyjaśnieniach mogą być wykorzystane tylko raz i tylko w związku z postępowaniem, a tajemnica winna dotyczyć informacji abstrahujących od konkretnego postępowania. Brak jest spełnienia zasadniczego wymogu, tj. aby informacje zawarte w wyjaśnieniach miały wartość gospodarczą i były chronione w myśl ochrony zasady uczciwej konkurencji. Wyjaśnienia powinny być udostępnione Odwołującemu dla zachowania zasady uczciwej konkurencji z uwagi na rozbieżności cenowe, które obligują Zamawiającego do sprawdzenia zaoferowanej ceny lub kosztu. Zamawiający taką wątpliwość powziął wzywając do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami.

Zgodnie z § 4 ust. 5 rozporządzenia Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania. Przez „niezwłocznie” rozumieć „bez zbędnej zwłoki”. Zamawiający nie podał, iż nastąpiły tu jakiegokolwiek okoliczności, które wskazywałyby na wyjątkową sytuację, w związku z którą nie mógł podjąć wymaganych czynności, a przede wszystkim, że nie mógł poinformować Odwołującego o działaniu w tym zakresie. Zamawiający nie miał zatem podstaw, by odmówić niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania celem uzyskania wglądu do dokumentów, które stanowiły podstawę oceny ofert i dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie było też podstaw do braku reakcji w tym zakresie.

Zamawiający udostępnił dokumenty, poza zastrzeżonymi przez Konsorcjum jako tajemnica, po wielu dniach oraz dodatkowych wnioskach Odwołującego, czym doprowadził do ograniczenia prawa Odwołującego do zapoznania się z dokumentacją postępowania przed złożeniem odwołania, albowiem Odwołującemu ograniczono rzeczywistą ilość dni na złożenie odwołania.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł też zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia

w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która winna zostać odrzucona lub została złożona przez wykonawcę, który winien być wykluczony lub odrzucony, jak też wobec zaniechania obowiązków przez Zamawiającego. Konsekwencją tego zarzutu jest też zarzut naruszenia art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzuceniu lub z uwzględnieniem oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wniosł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że 10 lipca 2018 r. poinformował wykonawców o wykluczeniu Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych o odrzuceniu jego oferty w związku z zaistnieniem przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Powodem decyzji Zamawiającego było to, że członek Konsorcjum, tj. Drukarnia Częstochowskie Zakłady Graficzne Sp. z o.o. w złożonym oświadczeniu JEDZ w części III „Podstawy wykluczenia” pkt C w rubryce „Rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której

wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed

czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” odpowiedział „NIE”, podczas gdy nienależycie zrealizował

umowę o zamówienie publiczne z 15 października 2004 r. nr 48/WAD-RAG/2014 na rzecz Gminy Miasta Tarnów, w wyniku czego wyrokiem Sądu Rejonowego w Tarnowie z 12 sierpnia 2015 r., sygn. akt IC 1039/15, zmienionym wyrokiem Sądu Okręgowego w Tarnowie z 5 maja 2016 r., sygn. akt ICa 428/15, zasądzone od na rzecz ww. gminy odszkodowanie w kwocie 24.521,45 zł.

Zamawiający po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego stanął na stanowisku, że Przystępujący w stopniu istotnym nienależycie zrealizował umowę o zamówienia publiczne i, skoro informacji tej nie podał w JEDZ, wprowadził w błąd Zamawiającego, a zatem podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uzupełnienie oświadczenia wiedzy (JEDZ) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może konwalidować niezgodnego ze stanem faktycznym oświadczenia wykonawcy złożonego w treści JEDZ. Decyzję tę zakwestionował Przystępujący wnosząc odwołanie do KIO.

Wyrokiem z 3 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1428/18 KIO uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Przystępującego oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert na okoliczność zaistnienia okoliczności skutkujących koniecznością wykluczenia Przystępującego z postępowania, w tym nakazała wezwać Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do poprawienia i uzupełnienia części III pkt C wiersz 7. JEDZ. W uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła, że w jej ocenie w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie zaszyły przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem Zamawiający miał wiedzę o ww. wyrokach, natomiast Izba przyznała rację Zamawiającemu, że drukarnia nienależycie wykonała umowę o zamówienie publiczne w stopniu istotnym. Izba stwierdziła ponadto, że skoro w stosunku do wykonawcy zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, to przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Zamawiający zobowiązany jest do umożliwienia wykonawcy skorzystania z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym wyrokiem Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Przystępującego do poprawienia i uzupełnienia części III pkt C wiersz 7. JEDZ.

W odpowiedzi Przystępujący złożył poprawiony JEDZ, w którym w części III „Podstawy wykluczenia” pkt C w rubryce „Rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje” na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczył „TAK”. Jednocześnie złożył wraz z JEDZ oświadczenie wiedzy i dokumenty na potwierdzenie własnych twierdzeń zawartych w tym oświadczeniu, w którym przeprowadził procedurę samooczyszczenia.

Po szczegółowej analizie ww. dokumentów Zamawiający uznał, że Przystępujący przedłożył wystarczające dowody potwierdzające, że działania Przystępującego wykazane na okoliczność samooczyszczenia są wystarczające, aby uznać, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych i 31 sierpnia 2018 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

10 września 2018 r. Odwołujący złożył odwołanie. Zarzuty odwołania są bezzasadne, i w większości spóźnione, zatem brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania. Za spóźnione Zamawiający uznał zarzuty nr 2 oraz 3, a także część zarzutu nr 4.

Zarzuty nr 2 i 3, dotyczące odrzucenia oferty Przystępującego, która w ocenie Odwołującego stanowi rażąco niską cenę oraz stanowi manipulację cenową, która doprowadziła do przyjęcia korzystniejszych wyników w celu uzyskania określonej punktacji w kryterium oceny ofert, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, winny być podniesione najpóźniej na etapie odwołania od unieważnienia postępowania z 10 lipca 2018 r. W odwołaniu z 20 lipca 2018 r. Odwołujący podniósł jedynie zarzuty naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tymczasem, zgodnie z art. 24aa ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może najpierw dokonać oceny ofert, w tym bada przesłanki odrzucenia oferty, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Taką też procedurę przyjęł Zamawiający. Skoro Zamawiający 10 lipca 2018 r. podjął decyzję o wykluczeniu Przystępującego z postępowania, to faktem jest, że przed tą decyzją zakończył ocenę ofert pod kątem przesłanek do ich odrzucenia. Jeżeli zatem nie dokonał odrzucenia, oznacza to, że

nie stwierdził podstaw do takiego odrzucenia. Tym samym Odwołujący 10 lipca 2018 r. powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o zakończeniu przez Zamawiającego czynności oceny ofert w zakresie art. 89 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym wnieść w tym zakresie odwołanie na czynność lub zaniechaną czynność Zamawiającego, czego nie uczynił. Tym samym zarzuty w ww. zakresie są spóźnione.

Odnosnie zarzutu nr 4 tj. nieodtajnienia niektórych dokumentów postępowania Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzut ten formułuje w stosunku do dokumentów: wyjaśnień rażąco niskiej ceny (załącznik nr 32 do protokołu), częściowo uzupełnień/wyjaśnień złożonych na skutek wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (załącznik nr 56 do protokołu), tj. m.in. pismo o samooczyszczeniu, częściowo w zakresie dokumentów złożonych na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (załącznik nr 56 do protokołu), tj. m. in. dokumenty podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Przystępujący oraz częściowo w zakresie uzupełnienia (załącznik nr 58 do protokołu).

Pismem z 6 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że pozostałe załączniki do protokołu, nie udostępnione mu uprzednio w całości lub w części, zostały skutecznie zastrzeżone, a zatem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym bieg terminu na złożenie przez Odwołującego odwołania dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień w zakresie: wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, oznaczenia przedsiębiorcy i danych pozwalających zidentyfikować oznaczenie przedsiębiorcy, który udostępnia własne zasoby jako podmiot trzeci, zakresu i warunków współpracy pomiędzy Przystępującym a podmiotem, o którym mowa w punkcie 2. powinien być liczony od 6 sierpnia 2018 r., w tym bowiem terminie Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Termin na wniesienie odwołania w ww. zakresie upłynął więc 16 sierpnia 2018 r., a zarzuty są spóźnione.

Wyrok KIO sygn. KIO 1550/2018 zapadł w analogicznym stanie faktycznym. Izba uwzględniła odwołanie jedynie częściowo uznając, że Zamawiający powinien odtajnić ofertę Przystępującego w zakresie informacji w postaci oznaczenia podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Przystępujący w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, w JEDZ oraz odpisie KRS tego właśnie podmiotu. W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem nie przedłożył np. wyciągu z umowy łączącej Przystępującego z podmiotem trzecim zawierającego klauzulę poufności w zakresie oznaczenia strony. W pozostałym zakresie, tj. w części, w której odwołujący żądał m.in. odtajnienia zakresu i warunków współpracy, jakie zawarły ze sobą Przystępujący i podmiot udostępniający swoje zasoby, Izba uznała, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie została też odtajniona przez Izbę treść dokumentów przekazanych przez ww. podmiot trzeci Przystępującemu. Nie ma zatem podstaw, aby w aktualnym postępowaniu uznać, że w tym zakresie tajemnica przedsiębiorstwa nie została skutecznie zastrzeżona. Na wyrok ten Przystępujący złożył skargę do sądu okręgowego. Zamawiający, w celu uniknięcia narażenia Skarbu Państwa na odszkodowanie, zdecydował się do momentu wydania wyroku przez sąd okręgowy na nieodtajnianie ww. danych.

Odnosnie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez Przystępującego w ramach tzw. procedury samooczyszczenia Zamawiający wskazał, że odtajnił te wyjaśnienia jedynie częściowo np. w zakresie informacji znanych wcześniej stronom, informacji dostępnych w powszechnie dostępnych bazach danych oraz informacji ujawnionych przez Przystępującego np. na jego stronie internetowej. W stosunku do pozostałych informacji, w ocenie Zamawiającego, Przystępujący wykazał, że zachodzą przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego, chociaż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w ramach procedury self-cleaningu nie potwierdziły, że Przystępujący jest wykonawcą rzetelnym i możliwym jest odstąpienie od jego wykluczenia.

Bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, że w wyroku KIO 1428/18 Izba przyznała rację Zamawiającemu, że w stosunku do członka Konsorcjum zaistniały podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast podstawą uwzględnienia odwołania przez Izbę była okoliczność, że Zamawiający, nie wzywając wykonawcy do uzupełnienia w tym zakresie, uniemożliwił Przystępującemu skorzystanie z instytucji, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania

oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Zamawiający, oceniając, czy dowody złożone przez Przystępującego są wystarczające, dokonał wnikliwej oceny stanu faktycznego. Nie ulega wątpliwości, że drukarnia w stopniu istotnym nienależycie zrealizowała przedmiotową umowę z Gminą Miastem Tarnów, w wyniku czego zasądzono na rzecz ww. gminy odszkodowanie w kwocie 24.521,45 zł. Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, dokonał więc wnikliwej analizy uzasadnień wyroków obu instancji w kontekście przedłożonych przez Przystępującego dowodów.

Zamawiający ustalił, że odszkodowanie zostało zasądzzone z uwagi na fakt, że drukarnia nieprawidłowo wydrukowała karty wyborcze na wybory samorządowe w jednym z okręgów, który to błąd został wykryty dopiero w trakcie wyborów i skutkował koniecznością powtórzenia wyborów w tym okręgu. Koszt ponownego przeprowadzenia wyborów wyniósł 49.042,90 zł. Sądy obu instancji uznały, że Gmina Miasta Tamowa przyczyniła się aż w 50 % do powstania szkody, bowiem zmiany w treści karty zostały wprowadzone w pośpiechu, Gmina nie sprawdziła rzetelnie wzoru karty przesłanego przez wykonawcę mailowo do akceptacji, nie sprawdziła również już wydrukowanych kart na etapie ich fizycznego odbioru. Biorąc pod uwagę szczególnie zbieg okoliczności, który doprowadził do nienależytego wykonania umowy, okoliczności faktyczne przedmiotowej sprawy, w szczególności zaniechania Gminy Miasta Tamowa, Zamawiający ocenił dowody przedłożone przez Przystępującego na potwierdzenie jego rzetelności jako wystarczające. Z uwagi na fakt, że wyjaśnienia Przystępującego w tej części stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający nie mógł odnieść się do poszczególnych dowodów.

Zdaniem Odwołującego, żeby skorzystać z procedury self-cleaningu wykonawca musi przyznać się do deliktu, a jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne oraz twierdzi, że Przystępujący nie wykazał, że podjęte przez niego środki zaradcze mogą uchronić zamawiających od wcześniejszej nierzetelności. Twierdzenie to jest gołosłowne, podniesione tylko na użytek postępowania odwoławczego, w oderwaniu od okoliczności faktycznych. Jednocześnie nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Przystępujący nie przyznaje się do deliktu.

W części III JEDZ „Podstawy wykluczenia” pkt C Przystępujący odpowiedział „TAK”, a jednocześnie złożył wraz z JEDZ oświadczenie wiedzy i dokumenty na potwierdzenie własnych twierdzeń zawartych w tym oświadczeniu, w którym przeprowadził procedurę samooczyszczenia. Przystępujący nie kwestionuje, że doszło do nienależytego wykonania umowy, wskazuje jedynie na okoliczności, w których doszło do przedmiotowych wydarzeń, a które to okoliczności mają kluczowe znaczenie dla Zamawiającego w kontekście oceny, której musi dokonać na podstawie art. 24 ust. 9. Przystępujący nie podjął ten żadnych działań kwestionujących treść wyroku KIO 1428/18, tj. nie złożył skargi.

W wyroku KIO 139/17, na który powołuje się Odwołujący, wykonawca kwestionował wadliwość dostarczonych materiałów, a zatem, skoro nie „widział” ich wad, nie mógł skutecznie im zapobiec i ich usunąć. Stan faktyczny niniejszej sprawy jest odmienny. Przystępujący nie kwestionował, że doszło do błędu w druku, podkreślał jedynie, że zamawiający przyczynił się do powstania i rozmiaru szkody nie sprawdzając projektu karty i można było uniknąć powtórzenia wyborów. Natomiast Przystępujący wie, na którym etapie doszło do błędu, z jakich przyczyn i tych okoliczności nie kwestionuje, zatem ma świadomość, jakie środki zaradcze powinien wprowadzić (i wprowadził je), aby takim sytuacjom zapobiec w przyszłości. Jednocześnie okoliczności te, które Odwołujący interpretuje jako zaprzeczenie deliktowi, Przystępujący przytacza w pierwszej części pisma z 21 sierpnia 2018 r. zatytułowanej „Treść informacji pierwotnie przedstawionych Zamawiającemu w JEDZ i wyjaśnieniach”, co wskazuje na intencje Przystępującego.

W fakcie, że podmiot posiada certyfikat ISO od 2006 r. i na ten certyfikat powołuje się, Zamawiający nie dostrzega żadnej nieprawidłowości. Certyfikat ISO 9001 przyznawany jest na 3 lata. Corocznie prowadzone są audyty nadzorcze, natomiast raz na trzy lata audyt recertyfikujący, który ponownie weryfikuje całość systemu zarządzania jakością w firmie. Siłą rzeczy zatem cyklicznie na nowo potwierdzona zostaje jakość usług świadczonych przez daną firmę. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że Przystępujący nie wprowadził żadnych działań ochronnych, które eliminowałyby wystąpienie zaistniałych nieprawidłowości, których skutkiem było zapłata ww. odszkodowania. Odwołujący również nie wskazał, że ewentualne wprowadzone działania przez Przystępującego są nieskuteczne. Zarzuty nr 5 i 6 należy ocenić jako bezprzedmiotowe albowiem żądane dokumenty zostały Odwołującemu udostępnione, a Odwołujący formułuje zarzuty wyłącznie w oparciu o rzekome opóźnienia Zamawiającego w udostępnieniu dokumentów. Jednocześnie, zgodnie

z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nawet więc gdyby Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, to i tak te rzekome naruszenia nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Co do zarzutu nr 2 i 3 Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

6 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi, pismem z 14 czerwca 2018 r., Przystępujący złożył przedmiotowe wyjaśnienia wraz z dowodami na potwierdzenie okoliczności zawartych w treści ww. wyjaśnień zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadność uznania przez Zamawiającego ww. pisma jako skutecznie zastrzeżone nie została zaskarżona przez Odwołującego, więc zastrzeżenie jest skuteczne.

W wyjaśnieniach i dowodami Przystępujący wykazał, że złożona oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, zaś zaproponowane ceny za realizację poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia nie są cenami poniżej kosztów ich wytworzenia lub zakupu, przedstawiając szczegółowe kalkulacje dotyczące poszczególnych elementów składowych zamówienia, jak i dowody, w oparciu o które te kalkulacje sporządzono. Tym samym nie zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podnosi, że skoro Zamawiający od lat prowadzi takie postępowania, to w miarę precyzyjnie jest w stanie oszacować wartość zamówienia. Jednocześnie pomija informację o tym, że w latach ubiegłych był jedynym oferentem w postępowaniu na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do egzaminów zawodowych.

Zamawiający postępowanie na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych ze względów organizacyjnych przeprowadza corocznie w częściach wyodrębnionych z uwagi na rodzaj egzaminu: egzamin zawodowy - wartość szacunkowa części 18.250.722,31 zł, egzamin ogólny: egzaminy ósmoklasisty, gimnazjalisty, maturalne, eksternistyczne, centralny egzamin wstępny - wartość szacunkowa części 50.730.989,08 zł, egzamin gimnazjalny w styczniu i eksternistyczny w lutym - wartość szacunkowa części 70.000,00 zł, łącznie 69.051.711,39 zł. Za każdym razem przed wszczęciem postępowania Zamawiający umieszcza na własnej stronie internetowej ogłoszenie w celu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia - w aktualnie prowadzonym postępowaniu żaden z wykonawców nie złożył informacji w tym zakresie, w związku z czym Zamawiający był zmuszony ustalić szacunkową wartość zamówienia w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie z uwzględnieniem zmian wskaźnika zmian cen. W postępowaniu przetargowym na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do egzaminów ogólnych do roku 2017 występowała analogiczna sytuacja jak w przypadku egzaminów zawodowych, tj. wpływała wyłącznie jedna oferta. Jak wskazuje doświadczenie Zamawiającego w postępowaniu przetargowym na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do egzaminów ogólnych od momentu pojawienia się po raz pierwszy w zeszłym roku konkurencyjnego podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia ceny oferowane przez wykonawców drastycznie spadły (Zamawiający przedstawił tabelę cen w ramach postępowania na druk do egzaminów ogólnych). Pomimo że ceny oferowane przez wykonawców spadły w porównaniu do poprzednich lat, Przystępujący aktualnie realizuje skutecznie na rzecz Zamawiającego zamówienie na druk materiałów egzaminacyjnych do egzaminów ogólnych, którego termin realizacji obejmuje okres od 18 stycznia 2018 r. do 10 listopada 2018 r. W postępowaniu na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do egzaminów ogólnych na lata 2019-2020 ceny odrębnie za rok 2019 r. i 2020 r. są niższe niż ceny za druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do egzaminów ogólnych na rok 2018 (w zakresie roku 2019 r. cena jest niższa ok. 4.000.000,00 zł, w zakresie roku 2020 r. cena jest niższa ok. 10.000.000,00 zł) pomimo faktu, że zakres zamówienia został rozszerzony poprzez m.in. uwzględnienie w przedmiocie zamówienia egzaminu ósmoklasisty. Pomimo ww. okoliczności Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1806/18 uznała, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza nie jest rażąco niska i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Z uwagi na ww. okoliczności oczywiste jest, że w przypadku egzaminu zawodowego ceny za realizację zamówienia mogą ulec znaczącemu obniżeniu. Okoliczność ta wynika z konkurencji o zamówienie pomiędzy wykonawcami a nie faktu, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił, za wyjątkiem domniemań, żadnych dowodów świadczących o braku realnej możliwości realizacji przez Przystępującego przedmiotu zamówienia za cenę oferowaną przez Przystępującego.

Odwołujący argumentuje, że ceny Przystępującego nie spełniały wymogów, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, ale literalnie nie zostały wyszczególnione przez Zamawiającego w tabelach, np. nie uwzględniają kosztów związanych z insertowaniem kart odpowiedzi, czy kosztów oklejania i zszycia zasad oceniania.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy wykonawca zobowiązany był w cenie oferty uwzględnić wszystkie koszty wykonania zamówienia, a zatem również koszt ww. czynności, czy koszt przygotowania specjalnego

oprogramowania do obsługi zamówienia. Zamawiający jednak nie stawia wysokich wymagań

funkcjonalnych i technologicznych powyższemu oprogramowaniu, ponieważ jego celem jest w głównej mierze pomoc przy składaniu zamówień na materiały egzaminacyjne przez okręgowe komisje egzaminacyjne. Mając powyższe na uwadze, a także biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, zarzuty należy

ocenić jako bezpodstawne i służące jedynie do stworzenia pozoru nieuwzględnienia w treści

oferty Odwołującego jakichś elementów składowych zamówienia.

Jako przykład rażąco niskich cen oraz manipulacji cenami Odwołujący przedstawia tabele, z których, jego zdaniem wynika, że Przystępujący podaje zaniżone ceny w jednych pozycjach i zawyża ceny w innych pozycjach, pomimo tego, że druk w tych pozycjach powinien mieć taką samą cenę, a nawet ceny w poz. 2. tabeli powinny być niższe, ponieważ tylko strona tytułowa w poz. 2. jest kolorowa, podczas gdy w poz. 1 wszystkie strony są kolorowe. Zamawiający uważa, że wykonawca ma prawo kształtować ceny w sposób dowolny, o ile działanie takie nie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Co do konstrukcji kryteriów oceny ofert - wszczynając postępowanie Zamawiający nie dysponuje pełną wiedzą na temat liczby uczniów przystępujących do poszczególnych rodzajów egzaminów w poszczególnych kwalifikacjach, która zależna jest od indywidualnych deklaracji składanych przez uczniów. Konieczne zatem było przyjęcie pewnego rodzaju założenia (prognozy) ustalonego w oparciu o dane historyczne w celu ustalenia liczby materiałów egzaminacyjnych, które będą stanowić podstawę do obliczenia ceny poszczególnych rodzajów materiałów egzaminacyjnych - ceny jednostkowe i łączne poszczególnych rodzajów materiałów oraz ceny łącznej tych materiałów. Prognoza ta wpływała również na przyjętą liczbę przesyłek do dystrybucji oraz na liczbę kopert i innych dostaw i usług niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia m.in. dystrybucji i konfekcjonowania. Z uwagi na ww. nieprzewidywalność, oprócz ww. prognozy, w celu uzyskania gwarancji rozliczenia przedmiotu zamówienia, konieczne było ustalenie cen za wytworzenie materiałów egzaminacyjnych dla wszystkich potencjalnie możliwych do wystąpienia nakładów tych materiałów i przyjęcie zasady, że rozliczenia ma charakter kosztorysowy tj. zależy od ostatecznej liczby zamówionych dostaw i usług.

Ww. specyfika przedmiotu zamówienia wymusiła na Zamawiającym wprowadzenie kryterium cenowego opartego na dwóch założeniach: 1) średniej ceny druku ze wszystkich nakładów materiałów egzaminacyjnych i cen pozostałych elementów składowych zamówienia na podstawie prognozowanych liczb - przyjęto kryterium o wadze 15% oraz 2) ceny druku materiałów egzaminacyjnych dla prognozowanych liczb materiałów i cen pozostałych elementów składowych zamówienia na podstawie prognozowanych liczb (prognoza nakładów przyjęta przez Zamawiającego) - przyjęto kryterium o wadze 45%. Waga ww. nakładów uzależniona jest od prawdopodobieństwa wystąpienia nakładu stanowiącego podstawę do rozliczenia zamówienia.

Kształtując w ten sposób wagę kryteriów w zakresie ceny Zamawiający zaznaczył, że kluczowe znaczenie ma cena podana dla nakładów prognozowanych. Zamawiający na podstawie doświadczeń z poprzednich lat spodziewa się zamówić materiały egzaminacyjne w liczbach zbliżonych do prognozowanych, dlatego waga podkryterium dotyczącego prognozowanej ceny umowy ma decydujące znaczenie w ocenie ofert, w którym to podkryterium Zamawiający może przyznać maksymalnie 45 pkt. Z uwagi na fakt, że dane w zakresie liczb arkuszy na etapie przeprowadzania postępowania są prognozowane i istnieje możliwość, że faktyczne liczby zamawianych arkuszy się zmieniają, Zamawiający bada średnie ceny z poszczególnych nakładów druku oferowane przez Wykonawcę.

Zamawiający na podstawie wiedzy z poprzednich lat uprawdopodobnił wystąpienie danego nakładu prognozowanego a wykonawcy mając wiedzę, że wcześniejsze przewidywania Zamawiającego są w dużej mierze trafne (wiedza, którą dysponuje zarówno Odwołujący jak i Przystępujący, możliwa także do pozyskania przez każdego potencjalnego wykonawcę, który wystąpi do Zamawiającego o udostępnienie informacji publicznej) wiedzą, że ryzyko wystąpienia któregośkolwiek ze skrajnych nakładów jest minimalne. W takich warunkach wykonawca sporządzając ofertę szacuje ryzyko zamówienia przez Zamawiającego arkuszy w

danych przedziałach nakładów i to na nich w głównej mierze skupia się sporządzając ofertę, tak, by była ona zarówno konkurencyjna pod względem kryteriów oceny ofert, jak też zapewniała wykonawcy w nakładach najbardziej prawdopodobnych najwyższy zysk. Potencjalne metody kalkulacji oferty wskazują, że możliwe jest ukształtowanie oferty przez wykonawcę w taki sposób, że nie podejmuje ryzyka z wystąpieniem danego nakładu i rozkłada swój zysk równomiernie (założenie, że istnieje prawdopodobieństwo wystąpienia któregośkolwiek z nakładów), jak i przeprowadza analizę wystąpienia prawdopodobnego nakładu, podejmuje ryzyko jego wystąpienia zwiększając cenę jednostkową w nakładach najbardziej prawdopodobnych przy utrzymaniu w pozostałych nakładach ceny na minimalnym poziomie zysku. Działanie to jest całkowicie naturalne i wynika z konkurowania wykonawców na rynku oraz korzystania z posiadanego know-how, zwłaszcza, że kryteria oceny ofert i prognozowane liczby arkuszy, są wykonawcom znane od momentu wszczęcia postępowania. Zamawiający nie stwierdził, a Odwołujący nie wykazał, że zaistniały przesłanki z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt. 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trudno bowiem uznać, że wykonawca, przyjmując różne ceny nawet dla porównywalnych technicznie arkuszy, zachowuje się niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, dobrym obyczajem czy ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przystępujący i Odwołujący uczestniczą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego zasady prowadzenia wyznacza treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym każdy z wykonawców znał postanowienia specyfikacji i mógł sporządzić ofertę, kierując się zasadą swobodnego zawierania umów (art. 353¹ Kodeksu cywilnego) rozumianą w tym przypadku jako dowolność w kształtowaniu oferty przy wykorzystaniu posiadanej wiedzy i doświadczenia - know-how i uwzględnieniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie znajdują się jakiegokolwiek wymagania, które nakładałyby na wykonawcę ograniczenia w zakresie kształtowania cen w toku sporządzenia dla danej pozycji kosztorysu ofertowego, metodologii kształtowania cen tej pozycji itp. Tym samym każdy wykonawca w sposób swobodny sporządzał ofertę w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert, zaś Zamawiający dokonał oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert zawarte w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący argumentuje, że Przystępujący celowo podał niskie ceny w tabelach, które są bez znaczenia dla rzeczywistego wykonania zamówienia, co miało na celu uzyskanie korzystnej średniej arytmetycznej, która była brana pod uwagę w podkryterium cenowym z wagą 15 pkt, nie wskazuje jednak żadnych przykładów czy dowodów. Podkryterium średniej ceny druku ze wszystkich nakładów materiałów egzaminacyjnych i cen pozostałych elementów składowych zamówienia ma wagę jedynie 15 pkt. Wykonawcy wiedzą, że Zamawiający z dużą dozą prawdopodobieństwa zamówi ilości z przedziałów prognozowanych, których cena ma zasadniczy wpływ na wybór oferty.

Cena średnia ceny druku ze wszystkich nakładów materiałów egzaminacyjnych i cen pozostałych elementów składowych zamówienia oraz ceny druku materiałów egzaminacyjnych dla prognozowanych liczb materiałów i cen pozostałych elementów składowych zamówienia w ofertach obu wykonawców zachowują podobne proporcje. Zdaniem Odwołującego cena płyt CD na poziomie 42, 51 zł nie jest ceną rynkową, bowiem płyta ta powinna kosztować co najmniej 123 zł. Podobne płyty Przystępujący dostarcza w ramach realizacji umowy na druk i dystrybucję materiałów egzaminacyjnych do egzaminów ogólnych w 2018 r., trudno zatem przyjąć za wiarygodne twierdzenie Odwołującego, że cena podana przez Przystępującego jest rażąco niska i ma na celu zmanipulowanie ceny ofertowej. W części dotyczącej ceny płyt Przystępujący w większości pozycji (poz. 24-28 i 34) zaoferował cenę 42,51 zł, a Odwołujący 54 zł, różnice występują tylko w dwóch pozycjach tabeli (poz. 35 i 36): Przystępujący 41,74 zł, a Odwołujący 123 zł.

W związku z powyższym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego.

III Stanowisko Przystępującego

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że cztery razy przedstawiał Zamawiającemu informacje dotyczące gminy Tarnów, w tym trzy razy w tym postępowaniu, włącznie z przesłaniem Zamawiającemu wyroków sądowych. Nie są to okoliczności, które byłyby dla niego wstydlive lub musiałyby ukrywać. Pierwszy raz Przystępujący przekazał informacje w listopadzie 2017 r.; w niniejszym postępowaniu było to pismo z 21 czerwca 2018 r., informacje podczas rozprawy KIO 1428/18 i pismo z 21 sierpnia

2018 r. po wezwaniu Zamawiającego. Zamawiający i Odwołujący sami przyznają, że w wydrukach tego typu tzn. gdzie pojawiają się kolejne wersje, błędy się zdarzają.

Jego zdaniem wszystkie trzy certyfikaty ISO mają istotny wpływ na obieg dokumentów i uniknięcie podobnego błędu. Dotyczy to także certyfikatu środowiskowego, który uzyskał jako certyfikat zintegrowany, a także certyfikat dotyczący ochrony informacji, ponieważ wskazuje on, że organizacja jest restrykcyjnie zarządzana. ISO uzyskuje się na 3 lata, a co roku przeprowadzany jest audyt nadzoru. Nie wskazał Zamawiającemu nieprawdy, gdyż najnowszy certyfikat uzyskał w roku 2016 r. Decyzja o zmianie podmiotu certyfikującego została podjęta celem uzyskania nowych doświadczeń - obecnie posiada certyfikat Polskiego Rejestru Statków. Nie jest łatwo zostać podmiotem certyfikującym, dlatego trudno mówić, że jakiś podmiot certyfikujący jest podmiotem gorszym. Zgodnie z zasadami nie można posiadać dwóch certyfikatów ISO o tym samym numerze, dlatego decydując się na uzyskanie wszystkich trzech certyfikatów w jednym podmiocie musiał zrezygnować z certyfikatu wydanego przez TÜV. Zgodnie z punktem 8.2 regulaminu certyfikat może być wycofany na wniosek podmiotu.

W zależności od zdarzenia inaczej się wykazuje self-cleaning w przypadku korupcji, a inaczej przy pomyłce, jaka miała miejsce w przypadku Przystępującego, u którego nastąpił błąd pracownika. Polegał on na tym, że nazwisko kandydata przeskoczyło na drugą stronę i nie zostało wydrukowane, ponieważ karta do głosowania była jednostronicowa. Nie zauważono tego do momentu, kiedy dwa miesiące po wyborach została złożona skarga wyborcza.

Wskazał na wyrok KIO 444/18 dotyczący zapłaty kary umownej i jej znaczenia przy self-cleaningu. Fakt dobrowolnej zapłaty kary nawet po wyroku sądowym jest przesłanką istnienia po stronie wykonawcy dobrej woli. Nie ma obowiązku ujawniania wyjaśnień wykonawcy dotyczących self-cleaningu i nie jest to przesłanka skuteczności dokonania tego self-cleaningu.

Co do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wskazał, że Odwołujący nie podjął próby wykazania, że ceny pozycji mają wpływ na nadmierne niską cenę oferty. Wpływ na cenę oferty ma całość wymagań Zamawiającego. W każdym z wariantów wskazanych przez Zamawiającego Konsorcjum osiąga zysk. Ceny zostały skalkulowane zgodnie z realiami. W przypadku nakładów najniższych ceny są najwyższe.

Nieprawdziwe jest założenie Odwołującego, że formularz czarno-biały musi być tańszy od kolorowego. Odwołujący wskazał fragmenty tabeli cenowej, ale pominął w nich prognozowany nakład, który jeszcze rozбивa się na arkusze egzaminacyjne dla poszczególnych zawodów. W punkcie 1. formularza cenowego nakłady są bardzo zróżnicowane od 1 sztuki do kilkunastu tysięcy. W pozycji 2. natomiast Zamawiający przewidział 8.440 sztuk po 40 na dany egzamin. Mniejsze nakłady drukuje się metodą cyfrową, która jest droższa niż metoda offsetowa stosowana przy dużych nakładach. W pozycji 2. wszystkie wydruki będzie należało wykonać metodą cyfrową, natomiast w pozycji 1. część wydruków będzie mogła być offsetowa. Jest to pierwszy powód różnicy w cenie, drugi powód jest taki, że w pozycji 2. Zamawiający może zamówić np. 200 rodzajów arkuszy po 1 sztuce, a w pozycji 1. jeden rodzaj arkuszy w 200 egzemplarzach. Koszt arkusza to nie tylko koszt samego druku, ale też jego przygotowania i uzyskania akceptacji. Koszt przygotowania takiego arkusza egzaminacyjnego przekłada się na cenę jednostkową. Wszystkie ceny podane przez Przystępującego są cenami powyżej progu opłacalności. W druku profesjonalnym nie ma tak prostego przełożenia pomiędzy kosztem wydruków w kolorze i monochromatycznego na wydruk tańszy oraz droższy, ponieważ koszt zależy od metody, a tę dobiera się pod kątem nakładu. Poza tym wykonawca musiał ująć również marżę.

Odwołujący stwierdził, że koszty wydruku arkuszy odpowiedzi z pozycji 3., 15. i 17. są takie same. Sam jednak nie skalkulował ich w sposób tożsamy. Również w pozycji 2. i 14. oraz 1. i 13. znajdują się, według Odwołującego, tożsame druki, jednak wycenił je na 14,80 zł i 31 zł, a nie tak samo. Tak samo w kartach odpowiedzi figurują u Odwołującego ceny 85 i 95 gr, a więc nie są takie same.

W odniesieniu do płyt wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia w punkcie 2.1. na str. 73 w tabeli zawierającej liczbę płyt Zamawiający wskazał na liczbę egzemplarzy płyt CD, miał więc na myśli jedną sztukę. Nie ma tu mowy o komplecie płyt (2 płytach). Być może w latach wcześniejszych Zamawiający wymagał 2 płyt. W ofertach złożonych przez Odwołującego Zamawiającemu w roku ubiegłym, dotyczących egzaminów styczeń-luty oraz lipiec-czerwiec 2018 r. zaoferował koszt płyt CD: 9,40 zł i 54-55 zł.

Istnieją płyty typu MixModeCD, na których możliwe jest nagrywanie plików audio, jak i WORD.

Opis przedmiotu zamówienia w załączniku 1N str. 2 pkt 1.4. opisuje dwa rodzaje płyty -

wykonawca ma nagrać, zmontować i dokonać masteringu. Różnicą jest koszt wynajęcia studia, gdyż lektora zapewnia Zamawiający. Koszt wynajmu studia to 40 zł za godzinę.

W punkcie 11. wyjaśnień ceny przedstawionych Zamawiającemu wskazał na pozycję dotyczącą kosztów rezerwowych, w której przewidział znaczną kwotę (pozycja „INNE”). Insertowanie będzie się odbywało automatycznie przy szyciu broszur. Karta odpowiedzi będzie automatycznie insertowana przy szyciu i obcinaniu. Szycie zostało wycenione.

Co do zarzucanego braku wyceny kosztów oprogramowania wskazał, że posiada już własne oprogramowanie, które wymaga jedynie upgrade'u, nie jest to więc duży koszt. Zamawiający przy wcześniejszym zamówieniu, które realizował Przystępujący, nie wymagał specjalistycznego oprogramowania, ale Przystępujący je wprowadził i zawiera ono funkcje wskazane przez Odwołującego. Upgrade ma polegać na udostępnieniu tego oprogramowania okręgowym komisjom egzaminacyjnym i Centralnej Komisji Egzaminacyjnej.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny powinien być zostać dokładnie sformułowany, ponieważ Odwołujący mógł zapoznać się z formularzem ofertowym. Również zarzut czynu nieuczciwej konkurencji jest blankietowy, pomimo że formularz był jawny. Wykonawca powinien skonkretyzować ów czyn, czyli wskazać czyn z listy w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo pokazać, na czym polega nieobyczajność działania wykonawcy.

Co do zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że Zamawiający dużą część informacji odtajnił. Powołał się na wyrok KIO 829/18 i wskazał, że Zamawiający zawarł rygorystyczne warunki udziału w postępowaniu. Ze względu na to, że jest to dziedzina o małej konkurencji i małej liczbie zamawiających (jedynie CKE) trudno jest uzyskać doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, dlatego fakt, kto ma takie doświadczenie czy oczekiwany potencjał, jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Tajemnicą jest to, co pozwala poprawić konkurencyjność firmy, a wiedza o zasobie, który pozwala wziąć udział w postępowaniu jest cenna i Przystępujący nie chce, by inna firma pozyskała tego kooperanta. Przystępujący dwa lata szukał podmiotu, z którym mógłby zbudować potencjał, zanim mógł wziąć udział w postępowaniu.

Przystępujący ma wielomilionowe obroty z Poczta Polska i ma wyższe rabaty niż wskazał to Odwołujący.

W sprawie KIO 1806/18 strony zgodziły się, że prognozy komisji egzaminacyjnej co do wydruków są trafne. Przystępujący przedstawił szacunki Zamawiającego zawarte we wcześniejszych specyfikacjach w stosunku do realnych zamówień i swoją ofertę wycenił uwzględniając realne zamówienie.

IV Ustalenia Izby

Podczas posiedzenia Odwołujący wycofał zarzut nr 4 odwołania w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny (załącznik 32. do protokołu). W związku z powyższym Izba, w oparciu o art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowiła o umorzeniu postępowania.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny i uczciwej konkurencji nie są spóźnione - decyzją z 10 lipca 2018 r. Przystępujący został wykluczony z postępowania, na skutek czego jego oferta została odrzucona, a postępowanie unieważniono. Zgodnie z dotychczasową ustaloną - i słuszną - praktyką orzeczniczą konkurujący z nim wykonawca nie był zobowiązany do wskazywania Zamawiającemu innych przyczyn jego wykluczenia lub odrzucenia jego oferty, które prowadziłyby do tego samego skutku, czyli wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty. Takie odwołanie nie miałoby sensu procesowego i znaczenia dla wyniku postępowania. Dopiero w momencie unieważnienia powyższych decyzji Zamawiającego i dokonania nowych, w szczególności w postaci wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, odwołanie w tym zakresie stało się uzasadnione logicznie i procesowo.

W stosunku do zarzutów dotyczących zaniechania przekazania Odwołującemu załączników do protokołu Izba stwierdziła, że ze względu na odmowę przez Zamawiającego udostępnienia załączników w piśmie z 6 sierpnia 2018 r. zarzuty dotyczące dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego przed 6 sierpnia 2018 r. są spóźnione - była to bowiem czynność negatywna w postaci odmowy, do której ma zastosowanie 10-dniowy termin na wniesienie

odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pismo to natomiast nie dotyczy dokumentów powstałych po dacie dokonania tej czynności, czyli po 6 sierpnia 2018 r. W związku z powyższym w odniesieniu do ww. dokumentów zarzuty nie byłyby spóźnione. (Odwolujący cofnął zarzut dotyczący dokumentów sprzed 6 sierpnia 2018 r., tj. wyjaśnień zaoferowanej ceny).

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy, w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść złożonych oferty oraz innych dokumentów złożonych w postępowaniu nie jest sporny pomiędzy Stronami. Został on przedstawiony powyżej, zatem nie będzie powtarzany.

Spośród postawionych przez Odwołującego zarzutów Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodtajnienie wskazanych dokumentów.

Art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych

w ustawie.

Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera formalne wymogi dotyczące zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z jego dyspozycją nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzeżę, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r., poz. 419) jako 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.

Tajemnica przedsiębiorstwa została również zdefiniowana w dyrektywie Parlamentu

Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem - zgodnie z artykułem 2 punkt 1 „tajemnica przedsiębiorstwa” oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z powyższych regulacji prawnych wynika więc niezbicie, że podstawą procedury udzielania zamówień publicznych jest jej jawność i przejrzystość (transparentność), a utajnienie elementów tej procedury w jakimkolwiek zakresie jest wyjątkiem. Ma to służyć celowi zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - a także, co nawet ważniejsze, wzbudzenie wśród uczestników procedury poczucia, że takie równe traktowanie i uczciwa konkurencja zostały zachowane. Jak bowiem słusznie zauważył Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10

SAG ELV Slovensko a.s. zamawiający „ma obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny tak, aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony

faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów..." (owo „wrażenie" powinno oczywiście dotyczyć każdej czynności w postępowaniu). Nie jest bowiem wystarczające, że sam zamawiający uważa, iż postępował zgodnie z zasadami, lecz by, w miarę możliwości, uzyskał takie przekonanie również wśród uczestników postępowania - to zaś w największej mierze zapewnia możliwość pełnego zapoznania się przez nich ze złożonymi w postępowaniu dokumentami i dokonania przez nich kontroli czynności zamawiającego.

Z drugiej strony - mając na uwadze powyższe zasady prowadzenia postępowania - wykonawcy, chcąc wziąć udział w postępowaniu, również muszą zgodzić się na zwiększoną w porównaniu do „zwykłego" obrotu cywilnego transparentność w stosunku do nich samych oraz złożonych przez nich ofert i innych dokumentów. Należy również podkreślić, że informacje o podmiotach, na których potencjał wykonawca się powołuje, jak też wszystkie informacje zawarte w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia oraz w dokumentach wymienionych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia są informacjami wymaganymi zgodnie z przepisami prawa - unijnego i krajowego - tym sam ich zakres ustalił ustawodawca. Skoro zaś zostały określone przez ustawodawcę jako informacje, które obowiązkowo należy podać biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy ustalonej zasadzie jawności i przejrzystości postępowania, to z samej swojej istoty nie mogą być informacjami o charakterze objętym ochroną przed ich udostępnianiem.

Art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga, żeby wykonawca dane informacje w momencie ich składania zastrzegł oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym powszechnie przyjmuje się, że informacje te mogą dotyczyć nie tylko ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o których mowa wprost w przepisie, ale także per analogiam innych dokumentów, np. wyjaśnień.

Według słownika języka polskiego PWN zawartego na „wykazywać" to:
„1. uzewnętrznic coś, 2. ujawnić istnienie czegoś, 3. przedstawić coś w sposób przekonujący",
a „wykazać się, wykazywać się" to „1. udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy charakteru, 2. okazać dokumenty potwierdzające coś".

Po stronie wykonawcy musi więc zaistnieć element „wykazania" faktu, że dane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czyli przekonującego, merytorycznego uzasadnienia, a nawet udowodnienia.

Dodatkowo zastrzeżone informacje muszą posiadać cechy wymienione w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943, tj. mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny oraz posiadać wartość gospodarczą, a także mieć wartość handlową właśnie dlatego, że są objęte tajemnicą.

Uzasadniając zastrzeżenie przez siebie informacji Przystępujący wskazał:

- 1) w piśmie z 22 czerwca 2018 r. - że w treści pisma znajdują się odniesienia do dokumentów zawartych w ofercie (i zastrzeżonych) oraz szczegółowe wiadomości dotyczące strategii ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa spółki,
- 2) w piśmie z 21 sierpnia 2018 r. - że wyjaśnienia mają charakter gospodarczo-handlowy i organizacyjny, gdyż zawierają szczegółowe informacje na temat stosowanej przez członków Konsorcjum polityki, procedur, działań i wdrażanych systemów zarządzania, w tym polityki kadrowej, które uzyskane przez konkurentów mogłyby znacznie osłabić pozycję rynkową wykonawcy i utrudnić uzyskiwanie zamówień - firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale wykonawcy, jego powiązaniach handlowych, sposobie organizacji przedsiębiorstwa, metodologii działania oraz innych elementach przesądzających o jego pozycji rynkowej,
- 3) w załączniku nr 3 do oferty - że fakt współpracy handlowej jest wartością chronioną, a intencją firm bywa ochrona samej informacji o zawartych umowach lub powiązaniach handlowych.

Pozostałe części uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy zawierają głównie cytaty z przepisów oraz poglądy prezentowane w wyrokach i piśmiennictwie itp. elementy, zatem nie mają wartości merytorycznej w tej konkretnej sprawie, tj. dlaczego akurat ta, dana, konkretna informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podczas rozprawy Przystępujący wyjaśnił też, że nazwę i inne dane podmiotu, na którego potencjał się powołuje, zastrzegł z powodu wymogów zawieranych w warunkach udziału

w postępowaniu, jakie stawia Zamawiający - trudno jest uzyskać wymagane doświadczenie, dlatego wiedza, kto ma takie doświadczenie i oczekiwany potencjał, pozwala poprawić konkurencyjność firmy i wziąć udział w postępowaniu, jest cenna i Przystępujący nie chce, by inna firma pozyskała tego kooperanta.

Jak widać z powyższego, w badanym przypadku wykonawca, zastrzegając złożone przez siebie dokumenty w ogóle nie przedstawił uzasadnienia merytorycznego zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego już z samych przyczyn formalnych dane informacje podlegają ogólnej zasadzie jawności postępowania.

Również Zamawiający nie przedstawił przekonującego stanowiska uzasadniającego zastrzeżenie kwestionowanych części dokumentów.

Dodatkowo informacje te również ze względów merytorycznych nie spełniają przesłanek określających dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim nie mają szczególnej wartości gospodarczej, która to cecha musi charakteryzować każdą informację techniczną, technologiczną, organizacyjną, handlową itp., a także ich wartość handlowa nie wynika z tego, że są objęte tajemnicą. Są to bowiem albo dane o charakterze historycznym, nie obrazujące obecnego ani przyszłego stanu firmy, albo informacje bardzo ogólne, z których trudno uzyskać wiedzę o strategii, polityce czy procedurach itp. elementach o wyjątkowym charakterze, nie stosowanym standardowo przez innych przedsiębiorców albo niemożliwych do poznania w inny sposób, np. dotyczące pracownika odpowiedzialnego za pomyłkę (przebieg jego zatrudnienia znajduje się choćby w świadectwach pracy), opis polityki/instrukcja bezpieczeństwa czy instrukcja akceptacji plików do druku. Informacje zaś o naliczonych karach umownych oraz współpracy z podmiotami, dla których drukarnia wykonywała usługi, można uzyskać w drodze dostępu do informacji publicznej (w przypadku podmiotów publicznych), a w przypadku spółdzielni może otrzymać co najmniej każdy jej członek - zresztą w tym przypadku kwota kary jest tak niewielka, iż trudno z niej wnioskować o stanie firmy. Nie wiadomo też, czy podmioty te są również obecnie klientami tej firmy.

W ocenie izby brak dla tych informacji zastosowania, o którym mowa w przywołanych przepisach art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 2 pkt 1 dyrektywy 2016/943 oraz wskazanych w ww. uzasadnieniach ich zastrzeżenia.

Jeśli zaś chodzi o ww. powód zastrzeżenia informacji o tzw. podmiocie trzecim, wskazany podczas rozprawy, to, w ocenie Izby, problem nie został przez Przystępującego i Zamawiającego właściwie zidentyfikowany - według Izby leży on nie w konieczności zastrzeżenia tej informacji jako tajemnicy, a raczej w formułowaniu warunków (z tym zastrzeżeniem, że ze względu na brak zarzutów w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba nie badała poprawności warunków, a w szczególności przyszłych warunków, które mógłby postawić Zamawiający, dlatego są to uwagi o charakterze ogólnym). Skoro bowiem Przystępujący, jak twierdzi, nie jest w stanie samodzielnie spełnić warunków, a jest w stanie samodzielnie wykonać zamówienie i tego typu zamówienia dla Zamawiającego już wykonuje w sposób zadowalający, to być może Zamawiający na przyszłość powinien przemyśleć, czy stawianie tego typu warunków na racjonalne uzasadnienie, w szczególności, jeżeli na potencjał takiego podmiotu trzeciego wykonawca powoływałby się w ofercie jedynie pro forma, a byłby on zbędny do wykonania umowy, jak też wobec nałożenia obowiązku korzystania z pośrednictwa Poczty Polskiej. Dodatkowo Odwołujący wymagane doświadczenie obecnie posiada, a Przystępujący powinien je uzyskać wykonując bieżące zamówienia dla Zamawiającego, więc w przyszłości korzystanie z takiego potencjału w ogóle może nie być konieczne.

Podany powód zastrzeżenia jest więc zbyt teoretyczny. Ponadto zadaniem Izby jest zapewnienie przestrzegania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w badanym postępowaniu, a nie w potencjalnych przyszłych - natomiast w tym postępowaniu powodu zastrzeżenia takiej informacji nie stwierdziła.

Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw, by odstąpić od zasady jawności postępowania i odmówić Odwołującemu dostępu do przedmiotowych dokumentów, zatem nakazała ujawnienie pozostałej części tych dokumentów. Jednocześnie Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, aby istniał w ogóle sens dostępu do tych dokumentów, który upadłby po zawarciu umowy, a Odwołujący, po uzyskaniu możliwości zapoznania się z informacjami dotychczas mu nieznanymi, nie został pozbawiony prawa do wniesienia odwołania.

Zamawiający, według własnego uznania, z wykonaniem obowiązku ujawnienia wskazanych części dokumentów może wstrzymać się do upływu terminu na wniesienie skargi na niniejszy

wyroku w zakresie tego zarzutu lub wydania wyroku sądu okręgowego. W takim wypadku jednak nie może dokonać również czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż czynność ujawnienia dokumentów powinna być czynnością wykonywaną w ramach czynności badania ofert, która poprzedza czynność wyboru oferty.

Pozostałe zarzuty zostały przez Izbę oddalone.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo że wyjaśnienia złożone w ramach procedury self-cleaningu nie potwierdziły, że Przystępujący jest wykonawcą rzetelnym i możliwe jest odstąpienie od wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział zastosowanie przesłanki wykluczenia wykonawców opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Art. 25 ust. 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazują, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

W poprzednim wyroku Izby wydanym w ramach toczącego się postępowania przetargowego, sygn. KIO 1428/18 Izba uznała, że podstawa do wykluczenia Przystępującego z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zaistniała, ale Zamawiający powinien przeprowadzić procedurę, o której mowa w art. 24 ust. 8, czyli tzw. self-cleaning. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień, a następnie dokonał ich pozytywnej oceny, w następstwie czego uznał, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Jak wynika z przywołanego przepisu, celem self-cleaningu jest wykazanie przez danego wykonawcę, że pomimo zaistnienia okoliczności uzasadniającej wykluczenie go z postępowania, jest on wykonawcą rzetelnym i dającym rękojmię należytego wykonania umowy. Nie jest więc niczym niezwykłym i niedozwolonym, by wykonawca przywoływał argumenty i dowody świadczące o tej rzetelności. Nie ma też jednego, konkretnego sposobu, jak wykonawca ma to wykazać, a sam sposób takiego wykazania rzetelności zależy głównie od rodzaju i przyczyn zdarzenia, którego samooczyszczenie dotyczy.

Jak wynika z przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień, nie kwestionowanych podczas rozprawy, zdarzeniem, którego dotyczyło samooczyszczenie, było zasądzenie odszkodowania za szkodę wyrządzoną Gminie Miastu Tarnów w wyniku nieprawidłowego wydrukowania kart do głosowania w wyborach. Wynikło ono z powodu błędu (nieuwagi) pracownika przy przygotowywaniu projektu karty polegającego na przesunięciu się przy zmianie czcionki jednego wersu karty z nazwiskiem kandydata na kolejną stronę, przez co wers ten nie został wydrukowany i nazwisko nie znalazło się na karcie do głosowania. Spowodowało to szkodę po stronie gminy w postaci konieczności powtórzenia wyborów w okręgu i poniesienia kosztów tych ponownych wyborów. Jak uznał sąd, do zdarzenia tego i tej szkody w 50% przyczynił się sam zamawiający dokonując akceptacji kart bez ich

prawidłowego sprawdzenia.

Jak można wnosić z treści art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, elementem procedury samooczcyszczenia powinno być wyczerpujące wyjaśnienie przez wykonawcę stanu faktycznego sprawy oraz udowodnienie, że podjęte przez niego środki są wystarczające do stwierdzenia jego rzetelności, a także podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich do zapobieżenia dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy oraz naprawienie szkody. Zamawiający zaś ze swojej strony musi dokonać oceny tych działań, uwzględniając m.in. wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

Biorąc pod uwagę rodzaj zdarzenia Izba uznała, że Przystępujący wykonał powyższe obowiązki dokładając należytej staranności, starając się przy tym jak najpełniej udowodnić swoją rzetelność. Niestety, drobnych często błędów, które mogą powodować nawet bardzo poważne skutki, trudniej się ustrzec niż zdarzeń wynikających z działania umyślnego, w praktyce jedynie można minimalizować ryzyko ich wystąpienia. Przystępujący wykazał, że poprzez wprowadzone procedury weryfikacyjne ryzyko to stara się minimalizować. Temu miały służyć również przedstawione certyfikaty ISO potwierdzające wprowadzenie procedur kontrolnych oraz referencje dotyczące wykonania innych usług - w celu wykazania, że zaistniała sytuacja była wydarzeniem jednostkowym. Izba nie jest w stanie wskazać dodatkowych czynności, dowodów czy zakresu wyjaśnień, których powinien dokonać Przystępujący, nie znalazła zatem podstaw, by dokonać negatywnej oceny podjętych przez Przystępującego czynności. Nie zrobił tego również Odwołujący, co było możliwe, nawet gdy nie znał całej treści wyjaśnień i dowodów (najwyżej zostałoby stwierdzone, że już tego dokonano).

Wbrew twierdzeniu Odwołującego nic nie stoi też na przeszkodzie, by w ramach procedury samooczcyszczenia przedstawić tę samą argumentację, co wcześniej na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (jest to najwyżej kwestia ponownej takiej samej oceny ich wagi i wiarygodności). W niniejszym postępowaniu Zamawiający oba wezwania potraktował jako odrębne procedury i pomimo uzyskania pewnych informacji na wcześniejszym etapie postępowania, wezwał wykonawcę do kolejnych wyjaśnień. Ich oceny również dokonał pod innym kątem - początkowo jako dowodu na złożenie nieprawdziwych informacji, a następnie jako dowodu na rzetelność „naprawionego” wykonawcy.

Izba zgadza się z poglądem, że, aby skorzystać z self-cleaningu, wykonawca w pierwszej kolejności musi przyznać się do deliktu. Po pierwsze na tym polega procedura (wykonawca przyznaje, że przesłanki wykluczenia istnieją, ale obecnie i na przyszłość się poprawił), po

drugie - w przeciwnym wypadku trudno wadliwe działanie przeanalizować i skorygować.

Nie jest jednak tak, że Przystępujący nie przyznał się do deliktu czy swojej w nim, częściowej, winy, czy też nie jest w stanie wskazać, z jakich przyczyn błąd wyniknął. Przystępujący ze swojej strony raczej uważał, że był on nieistotny - co jest kwestią ocenną. Izba w wyroku KIO 1428/18 uznała go za istotny i tym samym przesądziła o jego randze. Należy się z tym zgodzić - błąd był bowiem w swojej istocie drobny, ale spowodował poważne skutki w postaci nieważności wyborów w okręgu i konieczności ich powtórzenia.

Również wskazywanie na okoliczności świadczące na jego korzyść, tj. że jest to wydarzenie jednostkowe, do którego przyczynił się klient, nie powoduje, że oświadczenie o samooczcyszczeniu automatycznie staje się niewiarygodne.

Przystępujący zapłacił również zasądzone odszkodowanie. Rzeczywiście, sama zapłata odszkodowania czy kary umownej nie musi skutkować uznaniem, że procedura samooczcyszczenia była skuteczna, ale jest jednym z elementów wykazania rzetelności wykonawcy (skoro już wyrządził szkodę, to ją naprawił).

Sam fakt, że wykonawca wszedł w spór z kontrahentem co do konieczności zapłaty kary umownej lub odszkodowania, czy też ich wysokości, lub fakt, że z wyrokiem sądu, choć go wykonał, nie do końca się zgadza, nie powoduje automatycznie nieskuteczności procedury self-cleaningu. Nie można bowiem odebrać wykonawcy prawa do obrony swoich interesów (często słusznej), w tym w ramach sporu sądowego, groźbą, że przez nieograniczony czas nie będzie mógł brać udziału w postępowaniach przetargowych.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że zawiera rażąco niską cenę lub elementy ceny, a nadto jest niższa ponad 30% od wartości

wskazanej w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy przedstawiony przez niego formularz cenowy stanowi manipulację cenową, która doprowadziła do przyjęcia korzystniejszych wyników w celu uzyskania określonej punktacji w kryterium oceny ofert, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdził się. Zarzuty te są ze sobą powiązane i dotycząca ich argumentacja powiela się, dlatego zostały omówione razem.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 3) lub zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 4).

Art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r.;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 tej ustawy wskazuje przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, w punkcie 1 i 5 wskazano, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,

w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych

przedsiębiorców; 5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających

podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Odwołujący, podnosząc zarzut wystąpienia rażąco niskiej ceny, jak i manipulacji cenami jednostkowymi w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, wskazał na kilka pozycji tabel wyceny poszczególnych elementów usługi, które jego zdaniem świadczyły o obu tych okolicznościach.

Izba jednak uznała, że nie wskazano jej wystarczających podstaw do dokonania przez nią oceny, że takie okoliczności rzeczywiście wystąpiły.

Niewątpliwie jest, że w poszczególnych komórkach tabel wyceny dokonano wyceny opisanych tam elementów, która to wycena mogłaby być wyższa lub niższa albo też po prostu inna. Nie oznacza to jednak, że nie mogła być także taka, jakiej dokonano. Każdy wykonawca kalkuluje cenę, jak i poszczególne ceny jednostkowe, jak też inne oceniane elementy oferty, w oparciu o wiele czynników i oczywiste jest, że stara się je skalkulować w sposób na tyle strategiczny i atrakcyjny, aby uzyskać jak najwyższą punktację. (Dla przykładu można wskazać okoliczność podaną przez jednego z wykonawców w postępowaniu na budowę budynku prawie zeroenergetycznego - w celu przedstawienia oferty z jak najkorzystniejszą proporcją ceny do kryteriów jakościowych wynajmował specjalistyczną firmę do dokonania analizy, a koszt tej usługi wynosił ok. 80.000 złotych).

Strategia biznesowa i starania o atrakcyjność ich ofert są naturalną i pozytywną cechą działania przedsiębiorców. Oczywiście, istnieje granica, po przekroczeniu której „strategia biznesowa” (w pozytywnym znaczeniu) przekracza granice dobrych obyczajów i staje się „inżynierią cenową” lub też „manipulacją” w negatywnym znaczeniu. Granicę tę jednak trzeba uchwycić i jej przekroczenie wykazać. Tego Odwołujący nie uczynił.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Nie oznacza to jednak, że odwołujący jest w ogóle zwolniony z obowiązku, o którym mowa w art. 6 Kodeksu cywilnego i art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. dowodzenia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne. Dotyczy to tym bardziej zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji poprzez manipulację cenami, którego odwrócony ciężar dowodu w ogóle nie dotyczy.

Ze swojej strony Przystępujący przedstawił przekonujące uzasadnienie, dlaczego dane ceny zastosował, jak też wskazywał, że w różnych postępowaniach przy podobnych czynnościach stosowano różne poziomy cen, zatem nie ma jakiegось ustalonego poziomu.

Należy też zwrócić uwagę, że samo porównanie cen pomiędzy danymi pozycjami czy różnymi wykonawcami albo pomiędzy ofertami złożonymi w różnych postępowaniach nie jest miarodajne i nie powinno stanowić samodzielnej podstawy oceny poprawności proponowanej ceny, gdyż zależy od wielu czynników, które najczęściej nie są widoczne bez pogłębionej analizy czynników cenotwórczych i kosztotwórczych. Dlatego w postępowaniu odwoławczym (i tak też powinno się dziać w ramach wyjaśnień przeprowadzanych przez zamawiającego) najczęściej stosuje się najbardziej miarodajną metodę analityczną, tj. właśnie określanie czynników cenotwórczych i kosztotwórczych dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia w celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub cena jednostkowa jest adekwatna do zakresu czynności, nakładu pracy, kosztów ponoszonych przez wykonawcę w celu realizacji świadczenia itd. W niniejszej sprawie tego elementu zabrakło.

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pismem z 14 czerwca 2018 r., Przystępujący złożył wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące poziomu zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia te nie zostały Odwołującemu udostępnione przez Zamawiającego ze względu na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, a zarzut w tym zakresie został przez Odwołującego wycofany (w świetle art. 182 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych był on zresztą spóźniony). Odwołujący nie złożył podczas rozprawy wniosku o udostępnienie mu tego dokumentu w trybie procesowym.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1, 2 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia

26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania oraz innych dokumentów z postępowania niezwłocznie po wniosku Odwołującego i przekazanie ich dopiero 5 września 2018 r., co w konsekwencji prowadziło do istotnego utrudnienia Odwołującemu korzystania ze środków ochrony prawnej Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Według dyspozycji art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z § 4 ust. 1, 2, 3 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek; przekazanie protokołu lub załączników następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej; w przypadku protokołu lub załączników sporządzonych w postaci papierowej, jeżeli z przyczyn technicznych znacząco utrudnione jest udostępnienie tych dokumentów przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w szczególności z uwagi na ilość żądanych do udostępnienia dokumentów, zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje sposób, w jaki mogą być one udostępnione; zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie; w wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania.

Art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, przedmiotowy wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentów z postępowania otrzymał 3 września, a 5 września dokumenty udostępnił.

Choć więc nie było to udostępnienie natychmiastowe, jest w stanie wpisać się w przesłankę „niezwłocznie”, czyli „bez zbędnej zwłoki”. W orzecznictwie i piśmiennictwie przyjmuje się najczęściej standardowo, że wykonanie czynności (która nie jest szczególnie pilna) w ciągu 7 dni spełnia przesłankę działania „niezwłocznie”.

Odwołujący również nie wskazał wpływu, choćby potencjalnego, tego działania na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem nie została spełniona przesłanka istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a która warunkuje uwzględnienie odwołania, jak również per analogiam danego zarzutu tego odwołania.

W związku z niepotwierdzeniem się powyższych zarzutów nie potwierdził się także niesamodzielny (ze swojej istoty będący konsekwencją innych naruszeń) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz, na chwilę orzekania, wybór oferty, która winna zostać odrzucona lub została złożona przez wykonawcę, który winien być wykluczony, jak też wobec zaniechania obowiązków przez Zamawiającego i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób wadliwy.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania, tj. ze względu na częściowe uwzględnienie i oddalenie zarzutów, podzieliła koszty pomiędzy Strony. Co prawda Izba uwzględniła tylko jeden zarzut, lecz jednocześnie skutkowało to unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem zasądziła koszty w częściach równych.

Przewodniczący: