

**Sygn. akt: KIO 17/18**

**WYROK**  
**z dnia 17 stycznia 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Członkowie: Katarzyna Poprawa**  
**Magdalena Rams**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 12 stycznia 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2018 roku przez wykonawcę Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Intercity spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie do złożenia dokumentów wskazujących na prawidłowe umocowanie Pana Jerzego Nagórskiego do złożenia oferty i składania podpisów pod dokumentami tworzącymi ofertę i innymi

dokumentami złożonymi w postępowaniu w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

2. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu łączności dyspozytorskiej wraz z serwisem”

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu łączności dyspozytorskiej wraz z serwisem” odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telekom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz oferty wykonawcy DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie, oraz ofert wykonawcy Pirios spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie, oraz oferty wykonawcy Damova Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Intercity spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – PKP Intercity spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcę Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 gr 00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Intecity spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawę i wdrożenie zintegrowanego systemu łączności dyspozytorskiej wraz z serwisem”

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 września 2017 roku pod numerem 2017/S 172-353084.

2 stycznia 2018 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty Konsorcjum firm: PKP Utrzymanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Konsorcjum PKP”) jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum PKP; zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum PKP, Pirios spółka akcyjna (dalej: Pirios) oraz Damovo Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Damovo Polska”) jako ofert zawierających rażąco niskie ceny; zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PKP jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów; zaniechania wezwania do uzupełnienia, względnie do złożenia wyjaśnień przez Konsorcjum PKP i zaniechania odrzucenia oferty Damovo Polska jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego oferta winna była zostać odrzucona,
- art. 8 ust. 2 w związku z ust 3 ustawy z uwagi na niewykazanie przez Konsorcjum PKP podstaw do utajnienia przekazanych informacji jako spełniających wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum PKP, Pirios oraz Damovo Polska jako ofert zawierających rażąco niską cenę,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PKP stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Damovo Polska jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na fakt, że zaproponowane przez tą firmę rozwiązanie nie jest przygotowane do integracji z systemem radiowym,
- art. 24 ust 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp przez uznanie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji nie wykazania roli członka Konsorcjum firmy DGT Sp. z o.o. w zakresie realizacji zamówień wykazywanych na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- art. 26 ust 3 ustawy względnie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum PKP do złożenia dokumentów wskazujących na prawidłowe umocowanie Pana Jerzego Nagórskiego do złożenia oferty i składania podpisów pod dokumentami tworzącymi ofertę i innymi dokumentami złożonymi w tym postępowaniu w imieniu całego Konsorcjum PKP, względnie zaniechania uznania oferty jako nieważnej na podstawie art. 104 Kodeksu Cywilnego.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum PKP,
- powtórzenie badania i oceny ofert w tym:
  - odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum PKP,
  - odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum PKP, Pirios oraz Damovo Polska jako ofert zawierających rażąco niskie ceny,
  - odrzucenia oferty PKP jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów,
  - odrzucenie oferty Damovo jako niezgodnej z treścią SIWZ,
  - w przypadku braku potwierdzenia się zarzutów rażąco niskiej ceny i nieważności oferty Konsorcjum PKP do wezwania Konsorcjum PKP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i pełnomocnictw, względnie do złożenia stosownych wyjaśnień,
  - wybrania oferty SPRINT S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku działań i zaniechań

Zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów ustawy, złożył ofertę, która winna była być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przesłana Odwołującemu w dniu 22 grudnia 2017 r., ostatni dzień przeznaczony na złożenie odwołanie upływał w dniu wolnym od pracy (Nowy Rok), termin na złożenie odwołania został zachowany.

Odwołujący następująco uzasadniał:

1. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Konsorcjum PKP.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO oraz treścią przepisów ustawy Pzp podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności, natomiast możliwość utajnienia określonych informacji, w szczególności wypełniających definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest wyjątkiem od tej zasady. Tym samym obowiązek udowodnienia/wykazania ziszczenia się tych okoliczności uprawniających do utajnienia ciąży wyłącznie na Wykonawcy, którego te informację dotyczą.

Odwołujący argumentował, że jest to o tyle istotne, że brak dostępu do informacji uniemożliwia innym Wykonawcom uczestniczącym w danym postępowaniu, działającym na tym samym rynku a więc posiadającym często większą niż Zamawiający wiedzę, weryfikację zgodności treści danej oferty z SIWZ, spełniania warunków udziału w postępowaniu czy też ocenę czy zaoferowana cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

W przedmiotowym postępowaniu, udostępnione Odwołującemu wyjaśnienia podstaw utajnienia nie dają podstaw do przyjęcia, że spełniły się ustawowe przesłanki wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jedną z tych przesłanek jest udowodnienie, że określone w stosunku do określonych informacji przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. W tym zakresie Konsorcjum PKP wskazało na następujące działania: ograniczenie kręgu dostępu wyłącznie do osób niezbędnych, zastosowanie szczególnych zasad bezpieczeństwa w sieci Intranet poprzez ścisłe stosowanie ścieżki dostępu wyłącznie dla ograniczonego kręgu pracowników, zabezpieczenie przed niepożądanym działaniem ze strony sieci Internet poprzez zainstalowanie wysokiej klasy oprogramowania firewall, posiadanie przez członka Konsorcjum - firmę DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: DGT) kancelarii tajnej oraz Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego o klauzurze Tajne, co daje również rękojmię ochrony własnych informacji poufnych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Treść udostępnionych wyjaśnień w zakresie podstaw do utajnienia nie pozwala

przypuszczać, że Konsorcjum PKP załączyło jakiegokolwiek dowody wskazujące na powiązanie powyższych zabezpieczeń i udowodnienie ich zastosowania w stosunku do informacji odnoszących się do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przypomnieć należy, że ocena wyjaśnień stanowiących wykazanie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności ma charakter zindywidualizowany. Tym samym sama informacja o posiadaniu przez dany podmiot ogólnych środków bezpieczeństwa w postaci zainstalowania wysokiej klasy oprogramowania firewall, stosowania ścieżki dostępu wyłącznie dla ograniczonego kręgu pracowników czy też posiadaniu kancelarii tajnej oraz Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego nie daje samo w sobie, bez udowodnienia stosowania tych środków do tych, konkretnych i przekazanych Zamawiającemu informacji prawa do ich utajnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ten sam „mechanizm” widoczny jest w stosunku do przesłanki udowodnienia, że przekazane informacje (techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa) posiadają wartość gospodarczą. Konsorcjum PKP wskazało, że: *„z dostawcami elementów do produkcji firma DGT Sp. z o.o. ma kontakt od wielu lat, w czasie których, w miarę rozwijania wielkości i asortymentu produkcji, wielokrotnie negocjował ceny doprowadzając do wyjątkowo korzystniejszej dla siebie sytuacji rynkowej”* Wskazać należy, iż bez dostarczenia stosownych dowodów dotyczących kontaktów „od wielu lat” z tymi dostawcami od których zakup określonych usług i dostaw jest niezbędny do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia oraz udowodnienia negocjowania cen i obniżania ich w stosunku do cen dostępnych innym wykonawcom (rynkowych) powyższe stwierdzenie ma charakter ogólnikowy i gołosłowny. Konsorcjum PKP nie przedłożyło również dowodu, że przygotowywane oferty i cenniki miały zindywidualizowany charakter a ceny miały charakter korzystniejszy niż dla innych zainteresowanych podmiotów.

W zakresie przesłanki nie ujawnienia przedmiotowych informacji do wiadomości publicznej Konsorcjum PKP wskazało natomiast jedynie, że w zakresie wszystkich elementów cenotwórczych oraz dokumentów wskazujących na ceny zakupu, jakie DGT uzyskało u swoich dostawców, są chronione z najwyższą, równią ochronie jaką DGT daje swojemu know-how w zakresie techniki i technologii, starannością i zastosowano wobec nich wszelkie możliwe dostępne Wykonawcy środki ochrony.

Analiza wyjaśnień Konsorcjum PKP w zakresie podstaw do utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanych informacji wskazuje, że mają one charakter blankietowy i niezindywidualizowany, wykorzystywany wielokrotnie do różnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym wyjaśnienia te nie mogą być podstawą do skutecznego utajnienia przekazanych informacji i ewentualnie dowodów w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

2. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PKP jako zawierającej cenę rażąco niska. Oferta złożona przez Konsorcjum PKP stanowi tylko nieco ponad 1/3 szacunkowej wartości zamówienia oraz niecałe 2/3 wartości średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (w tym tych objętych procedurą wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny). Już samo porównanie tych cen wskazuje, że zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, gdyż jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Tytułem przykładu jako jedną z istotnych cen składowych, wyróżnionych w Formularzu cenowym, została wskazana cena za usługi Serwisu Systemu oraz gwarancji na poziomie 72.000 zł netto tj. 2.000 zł netto/miesięcznie.

Ceny pozostałych Wykonawców w przedmiotowym obszarze kształtują się następująco:

- oferta Pirios - 341.090,40 zł,
- oferta Damovo Polska - 529.166,16 zł,
- oferta SPRINT S.A. - 540.000,00
- oferta Konsorcjum Celnet - 874.080 zł.

Odwołujący wskazał, że warto zauważyć, że zakres usług serwisowych i gwarancji został precyzyjnie wskazany w treści OPZ (punkty I oraz J). Zgodnie z nimi w ramach usług serwisowych Zamawiający wskazuje jako obligatoryjne następujące czynności:

- 1) wsparcie powdrożeniowe składające się z:
  - a) zapewnienia asysty technicznej polegającej na asystowaniu użytkownikom przy obsłudze kontroli dyspozytorskiej i dedykowanej aplikacji dla dyspozytorów w trakcie ich bieżącej pracy oraz udzielaniu porad i instruktażu w przypadku problemów przez łącznie 20 dni przez 12 godzin dziennie (łącznie 240 godzin) w 7 rozproszonych na terenie całej Polski lokalizacjach;
  - b) udzielania porad telefonicznych i e-mailowych dla administratorów IT i użytkowników Systemu przez pierwsze dwa tygodnie w systemie 24x7 a od trzeciego do ósmego tygodnia przez 8 godzin dziennie;
- 2) usługi serwisowe w ramach których Wykonawca przez 36 miesięcy jest zobowiązany do:
  - usuwania awarii i usterek Systemu przy czym przyjmowanie zgłoszeń w trybie 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu przez 365 dni, usuwanie Awarii Systemu w ciągu 12 godzin zegarowych od momentu zgłoszenia a usuwanie Usterek w ciągu 48 godzin,
  - udzielanie porad technicznych administratorom IT i kluczowym użytkownikom,
  - dostarczał Zamawiającemu aktualizacje i nowe wersje dedykowanej aplikacji dla dyspozytorów,



- dostarczał Zamawiającemu wykazy dotyczące zgłoszeń.
- 3) udzielania porad technicznych i dotyczących działania systemu w dniach roboczych w godzinach 8:00-16:00 przez 36 miesięcy,
- 4) dostarczanie aktualizacji i nowych wersji dedykowanych aplikacji,
- 5) realizacja modyfikacji funkcjonalności Systemu na podstawie odrębnych ustaleń i zamówień.

Odwołujący podniósł, że nie wymaga szerszego uzasadnienia wskazanie, że wykonanie powyższych czynności za stawkę 2.000 zł netto/miesięcznie jest stawką generującą straty. Wskazanie powyższych wymogów powoduje już bowiem choćby ustalenie dedykowanego kanału dotyczącego świadczenia usług serwisowych i natychmiastowej wręcz reakcji Wykonawcy co powoduje konieczność zatrudnienia (zaangażowania) zespołu ludzi o określonych kwalifikacjach. Nie jest bynajmniej możliwe wykonywanie wszystkich powyższych czynności przez jedną osobę (wprost dotyczy to punktów 1 litera a i b). Tymczasem już z treści art. 90 ust. 1 ustawy wynika, że wartość pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, przy czym regulacja ta nie jest zależna od zatrudnienia danej osoby na podstawie stosunku pracy. Abstrahując od faktu, że osoba udzielająca asysty technicznej musi posiadać odpowiednią kwalifikację, a co za tym idzie jej wynagrodzenie musi być wyższe wskazać należy na dodatkowe i nie ujęte w tej cenie koszty wskazane w punktach 4 i 5 dotyczących obowiązku aktualizacji aplikacji i modyfikacji funkcjonalności systemu.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny przygotowane przez innych Wykonawców Odwołujący ma prawo przypuszczać, że również Konsorcjum PKP nie przedłożyła dowodów (jak np. ofert) potwierdzających realność zaproponowanych cen. Poziom cenowy zaproponowany przez Konsorcjum PKP powinien wzbudzić szczególną dociekliwość Zamawiającego w celu ustalenia czy też obalenia domniemania o istnieniu rażąco niskiej ceny. Odwołujący wyraził obawę, że poziom zaproponowanych cen nie jest wyrazem rzetelnej kalkulacji Konsorcjum PKP w celu prawidłowego wykonania zamówienia z zyskiem ale sposobem (nawet za cenę rażącej straty przy wykonaniu tego zamówienia) na uzyskanie dostępu do kolejnego, większego już zamówienia dotyczącego budowy systemu radiowego udzielanego przez tego samego Zamawiającego.

W przypadku wygranej Konsorcjum PKP w przedmiotowym postępowaniu cała infrastruktura radiowa i telefoniczna (od radioserverów, przez centrale telefoniczną, konsole, aparaty systemowe, rejestratory etc.) będzie pochodziła wyłącznie od jednego producenta, który nie udostępnia otwartego API do systemu. Rozwiązania partnera Konsorcjum - firmy DGT w zakresie integracji z systemami radiowymi, konsolami czy rejestratorami nie są budowane

w oparciu o ogólnodostępne i otwarte standardy, a są autorskimi rozwiązaniami.

W związku z tym jakakolwiek rozbudowa systemu w przyszłości o jakikolwiek element będzie mogła być zrealizowana wyłącznie w porozumieniu z tym producentem, ograniczając konkurencję i możliwość złożenia alternatywnej oferty.

### 3. Zarzut braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum PKP.

Zgodnie z treścią SIWZ w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej Wykonawca miał wykazać, że: „(...) w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę ze zrealizowanym (zakończonym) wdrożeniem co najmniej jednego zintegrowanego systemu łączności dyspozytorskiej (dopuszcza się inną nazwę systemu; jeżeli będzie jednoznacznie wskazywać, że chodzi o system łączności dedykowany dla dyspozytorów lub jeżeli podana nazwa jest nazwą własną takiego systemu) obejmującą dostawę co najmniej 25 konsol.”

W celu wykazania spełnienia tego warunku Konsorcjum PKP wskazało dwie realizacje wykonane na rzecz Komend Wojewódzkich (odpowiednio w Gdańsku i Bydgoszczy) przy czym obie umowy były wykonane w ramach Konsorcjów tworzących firmę DGT oraz Siltec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Siltec”). Odwołujący zauważył, że firma Siltec nie jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania jako członek Konsorcjum PKP.

Wskazał odwołujący na orzeczenie z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt:

- 62 Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.
- 63 Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.
- 64 Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał dokonania wyjaśnień, jaka była rzeczywista rola firmy DGT i czy uzyskane, w ramach tamtych realizacji, doświadczenie pozwala na przyjęcie, że Konsorcjum PKP spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Załączone na wezwanie Zamawiającego informacje i dokumenty nie pozwalają na potwierdzenie, że Konsorcjum PKP wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

**4. Zarzut braku należytego umocowania pana Jerzego Nagórskiego do występowania i składania oświadczeń w imieniu całego Konsorcjum PKP.**

Zgodnie z treścią załączonego do oferty pełnomocnictwa z dnia 5 października 2017 roku członek Konsorcjum - firma DGT udzielił pełnomocnictwa konsorcjalnego Liderowi Konsorcjum - spółce PKP Utrzymanie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Z treści tego dokumentu wprost wynika, że: „*niniejsze pełnomocnictwo nie uprawnia do udzielania dalszych pełnomocnictw.*” Lider konsorcjum, wbrew treści tego pełnomocnictwa udzielił dalszego pełnomocnictwa Panu J.N. pracownikowi spółki tj. osobie nie ujawnionej w treści KRS jako osoby uprawnionej do reprezentacji. Tym samym osoba ta oraz jej mocodawca udzielając pełnomocnictwa i podpisując ofertę wraz z szeregiem dokumentów przekroczyła swój zakres umocowania. Tym samym Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa na mocy art. 26 ust. 4 ustawy, a nawet zaniechania odrzucenia tej oferty jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego. Wskazać bowiem należy, że treść złożonych pełnomocnictw jednoznacznie określa zakres, a zgodnie z utrwalonym już natomiast orzecznictwem Trybunału (np. orzeczenie z dnia 10 października 2013 r., Manova) możliwość uzupełnienia dokumentów dotyczy tylko tych co do których można w sposób obiektywny ustalić, że istniały przed upływem terminu zgłoszeń. Tym samym za wątpliwe uznać należy rzeczywiste istnienie (a nie antydatowane) przed terminem na złożenie ofert dokumentów potwierdzających stosowne umocowanie pana Jerzego Nagórskiego.

**5. Zaniechanie odrzucenia oferty Pirios jako zawierającej cenę rażąco niską.**

Oferta złożona przez Wykonawcę Pirios stanowi jedynie 44,27 % szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT oraz 64,3 % średniej arytmetycznej cen złożonych w przedmiotowym postępowaniu, 53 % wartości oferty złożonej przez Odwołującego. Tak duża różnica nie została dostatecznie wyjaśniona przez firmę Pirios, a zatem domniemanie rażąco niskiej ceny nie zostało obalone, zgodnie z treścią art. 90 ust 2 ustawy, stanowiącym, iż: „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywało Wykonawcy.”

Do treści złożonych wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów potwierdzających przyjęte

do kalkulacji ceny pochodzące od podmiotów zewnętrznych. Dotyczy to pozycji ujętych w Tabeli „koszty zewnętrzne” tj. szaf rack 12U, 24U, 48 U oraz switchy 24 i 48 portowych, routerów, licencji, konsoli dyspozytorskich oraz dodatkowych słuchawek. Co więcej brak wskazanych nazw producentów, modeli czy danych technicznych uniemożliwia zweryfikowanie prawidłowo przyjętych kalkulacji, a także oceny zgodności oferowanych elementów zamówienia z treścią SIWZ. Podkreślić należy, że wartość tych elementów, wynosi 37 % ceny oferty firmy Pirios.

Dodatkowo nie załączono jakichkolwiek dokumentów takich jak zawarte umowy czy też choćby korespondencji (np. złożonych ofert czy prowadzonych negocjacji) między Wykonawcą a podwykonawcami - Radionika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Bałtycką Instytucją Gospodarki Budżetowej BALTICA wskazujących/potwierdzających zarówno zakres wskazany nie tylko w Tabeli podwykonawcy ale także w treści samych wyjaśnień (przy czym zakres ten jest szerszy lub co najmniej doprecyzowany względem treści załączonych do oferty zobowiązań) ale także podanych „globalnych” wartości umów. Z uwagi na istotny zakres objęty podwykonawstwem (blisko 1/3 wartości całej oferty) Wykonawca winien był również wyszczególnić i udowodnić realność poszczególnych wartości objętych czynnościami mającymi być wykonanymi w zakresie planowanych lub zawartych umów z podwykonawcami jak np. zakupów szaf rack, Serwerów Centralnych czy Serwera Backupowego czy też integracji i serwisu części związanej z integracją z systemami radiowymi. Należy podkreślić, iż Wykonawca nie może poprzestać na twierdzeniu, że oddaje część zamówienia „w ręce” profesjonalistów, a dokonana przez nich wycena jest z istoty rzetelna, bowiem to Wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłowe wykonanie zamówienia względem Zamawiającego. Tym samym rzetelność wyceny przez podwykonawcę winna być przez niego zweryfikowana.

Z treści wyjaśnień wynika również że szereg, w założeniu podobnych, realizacji, został załączony przez Wykonawcę w celu wskazania prowadzenia tożsamej polityki licencyjnej w zakresie oferowanych cen (punkt 1 litera b) oraz stosowanych stawek roboczogodzin (punkt 1 litera c). Zauważyć jednak należy, że Wykonawca przedstawiając przedmiotowe dokumenty, w żaden sposób nie dowodzi postawionej tezy. W treści załączonych referencji brakuje bowiem wskazania zarówno jaka była rzeczywista stawka roboczogodzin jak również jaki był koszt udzielonych licencji. Zwrócić również należy uwagę, że takie porównania obarczone są dużym ryzykiem błędu bowiem każdy z kontraktów charakteryzuje się innym zakresem prac, udzielanych licencji, ryzykami kontraktowymi czy samą wielkością świadczonych usług. Najczęściej zatem koszt udzielanych licencji czy wysokość roboczogodzin ma także indywidualny charakter, który Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu winien udowodnić, czego nie uczynił.

Firma Pirios S.A. nie załączyła żadnego dokumentu pokazującego wartość przyjętej wartości

roboczogodzin czy też szerzej stawek wynagrodzenia obowiązujących u tego Wykonawcy (np. przykładowych umów zawartych z osobami, które mają być skierowane do realizacji zamówienia z poszanowaniem ustawy o ochronie danych osobowych, regulaminu wynagrodzeń etc.) a także wskazania czy korzysta z osób własnych (np. zatrudnionych na umowę o pracę) lub zewnętrznych jak również nie pokazała uszczegółowionego sposobu wyliczeń przyjętych godzin w podziale na zadania wynikające z realizacji przedmiotowego kontraktu. Odwołujący zwraca tutaj uwagę, że to określone koszty i marża Wykonawcy muszą być podstawą konstruowania ceny oferty, a nie podana cena oferty ma determinować późniejsze określenie (czy też dopasowanie) cen jednostkowych, w tym przyjętej stawki roboczogodzin czy ilości godzin.

Firma Pirios w treści swoich wyjaśnień niekonsekwentnie wskazuje również, że dzięki dofinansowaniu z UE zarówno obniża dzięki temu koszty zakupu jak i w innym miejscu, że jest on zainstalowany w jego Data Center. Dodatkowo należy zadać pytania:

- czy Zamawiający zgadzał się na rozwiązanie działające w DataCenter Wykonawcy?
- czy Zamawiający dopuszczał zastosowanie urządzeń zakupionych ponad dwa lata temu, a więc najprawdopodobniej używanych?
- czy obniżanie ceny w taki sposób nie jest również niedozwoloną pomocą publiczną?

Odwołujący wskazał na bardzo niską wycenę, odbiegającą od realnych cen rynkowych, usługi świadczenia serwisu. Wykonanie szkoleń wynikające z treści SIWZ jest działaniem bardzo wymagające pod względem osobowym, kosztowym, czasochłonne, a z wiedzy posiadanej przez Odwołującego wynika, że Wykonawca ten nie posiada odpowiedniego potencjału i kompetencji jak również nie wykazał podwykonawców.

#### 6. Zaniechanie odrzucenia oferty firmy Damovo jako zawierającej cenę rażąco niska.

Wykonawca Damovo Polska przedstawił zestawienie elementów oferty oraz opisał szereg czynników, które w jego ocenie, stanowią o możliwości realizacji zamówienia za cenę podaną w treści złożonej oferty takie jak;

*Pozycje 2-8 tabeli kosztów oferty bazują no standardowych upustach dostępnych w ramach partnerstwa ze wskazanymi producentami.*

*Pozycja 9 jest standardowym kosztem rozwiązania dostępnym na rynku przy zamówieniach odpowiadających skali projektu. Wycena uwzględnia sprzęt zapasowy i gwarancje producenta na okres wsparcia projektu;*

*Pozycja 10 jest to oprogramowanie dostosowujące standardowe rozwiązanie dostępne u dostawców do potrzeb wskazanych w SIWZ. (...) Dzięki temu; że jest to rozwiązane już wdrożone i przetestowane u innych klientów byliśmy w stanie obniżyć koszty tej pozycji o około 50 %;*

*Pozycja 11 - Damovo, jako jedyna firma w Polsce posiada poziom partnerstwa Platinum z*

*Audiocedes w Polsce, w obszarze integracji rozwiązań i wartości dodanej. Dzięki temu możemy zaoferować rozwiązania w cenach 10-40 % niższych niż konkurencja oraz oferować usługi serwisowe w cenach od 20-60 % niższych niż inne firmy.*

*Pozycja 12 - przedstawiona wycena zawiera słuchawki firmy Plantronics-Damovo ze względu na współpracę z dystrybutorem firmą Kontel otrzymała specjalne upusty wynikające z wielkości potencjalnego zamówienia (...)*

*Pozycja 13 - telefony Polycom VVX oferujemy w standardowych cenach, które posiadamy w kanale partnerskim od największego dystrybutora w Polsce firmy Veracomp.*

*(...)*

*Pozycja 15 - obszar prac wdrożeniowych niezwiązanych z developmentem/produkcją oprogramowania.*

*Dzięki wykorzystaniu posiadanych zasobów ludzkich oraz bazy wypracowanych rozwiązań jesteśmy w stanie zaoferować usługi nawet 70 % taniej niż w przypadku realizacji tylko jednego wdrożenia. Oszczędności pochodzą z optymalizacji kosztów szkoleń i certyfikacji, zapewnienia wysokiego współczynnika wykorzystania oraz adaptacji wykorzystania zasobów względem poziomu skomplikowania zadania.*

*Pozycja 16 - (...) Dzięki rozbudowanej infrastrukturze i rozłożeniu kosztów jesteśmy w stanie zaoferować atrakcyjne warunki wsparcia oferowanego sprzętu "*

Powyższe twierdzenia oparte są jednak wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, bez dostarczenia jakichkolwiek dowodów, niezależnie czy dany koszt jest kosztem wewnętrznym (np. pozycja nr 15) czy zewnętrznym, co w szczególności dotyczy określenia poziomów upustów. Wykonawca ten wskazuje, że nie może przedstawić ofert dostawców firmom trzecim ponieważ stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tychże podmiotów. Odwołujący zwraca jednak uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter sformalizowany. Podmioty - Wykonawcy chcący uzyskać zamówienie muszą poddać się rygorowi tej procedury, co dotyczy także dowodzenia, że zaproponowana przez Wykonawcę cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Oznacza to również obowiązek składania nie tylko określonych wyjaśnień ale także dowodów potwierdzających prawdziwość tych wyjaśnień, w tym pochodzących od kontrahentów/dostawców (podmiotów trzecich), których oferty mogą zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazać również należy, że zasadność utajnienia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma podłoże w przeciwdziałaniu wykorzystywaniu tych informacji przez innych Wykonawców w celu zwiększenia swojej pozycji konkurencyjnej lub obniżenia pozycji konkurentów, a nie przez danego Zamawiającego, któremu wiedza wynikająca z tych informacji jest przydatna wyłącznie w celu oceny realności wykonania danego zamówienia. Skuteczne wykazanie przesłanek utajnienia informacji pochodzących od podmiotów trzecich daje pewność, że

informacje te nie zostaną udostępnione innym Wykonawcom, również w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej i po zakończeniu postępowania o udzielenie danego zamówienia publicznego. Nadmienić należy, że akceptacja sytuacji w której dokumenty podmiotów trzecich nie mogłyby być udostępniane jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i to na podstawie wyłącznie oświadczenia danego Wykonawcy w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego, którego oferta podlegałaby badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny powodowałaby iluzoryczność tej procedury. Podkreślić należy, iż Odwołujący do swojej oferty załączył oferty podmiotów trzecich, które także, z tych samych powodów, mogłyby być uznane za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie przedstawiając żadnych dowodów wskazujących na rzeczywiste poziomy uzyskanych od podmiotów trzecich upustów oraz zaoferowane przez te podmioty ceny jak również nie dowodząc poziomów kosztów własnych (tytułem przykładu nie udowodnione oświadczenia: *Dzięki wykorzystaniu posiadanych zasobów ludzkich oraz bazy wypracowanych rozwiązań jesteśmy w stanie zaoferować usługi nawet 70 % taniej niż w przypadku realizacji tylko jednego wdrożenia. Oszczędności pochodzą z optymalizacji kosztów szkoleń i certyfikacji, zapewnienia wysokiego współczynnika wykorzystania oraz adaptacji wykorzystania zasobów względem poziomu skomplikowania zadania. (...) Dzięki rozbudowanej infrastrukturze i rozłożeniu kosztów jesteśmy w stanie zaoferować atrakcyjne warunki wsparcia oferowanego sprzętu.*) Wykonawca nie wykazał, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny co w konsekwencji powoduje konieczność odrzucenia tej oferty.

Odwołujący wskazał również, że brakuje wyceny integracji z systemami radiowymi, brakuje informacji na stronach producenta z możliwościami integracji platformy *Audiocedes* z systemami radiowymi, brak wyceny *bram radiowych* jako elementu do integracji.

Odwołujący podniósł, że treść złożonych wyjaśnień nie pozwala przypuszczać aby Wykonawca ten wziął pod uwagę również koszty Project Managmentu czyli zarządzania tak złożonym projektem co stanowi istotny koszt. Cena nie zawiera również kosztów przygotowania do integracji z systemem radiowym, o ile jest to w ogóle możliwe, co Odwołujący również kwestionował w odrębnym zarzucie.

7. Zaniechanie odrzucenia oferty firmy Damovo Polska jako niezgodnej z treścią SIWZ  
Zaproponowane przez firmę Damovo Polska rozwiązanie nie jest przygotowane do integracji z systemem radiowym o czym świadczy zarówno złożona oferta, informacje ze strony producenta lub choćby fakt, że każda z wykazywanych referencji nie zawiera takiej integracji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 stycznia 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający w dniu 2 stycznia 2018 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego w dniu 5 stycznia 2018 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie – w imieniu tego wykonawcy, prawidłowo zawiadomionego o terminie, nikt nie przybył na posiedzenie i rozprawę z udziałem stron. Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Pirios spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie z uwagi na niezłączenie do zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego pełnomocnictwa dla osoby, która zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego podpisała. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w rozpoznawanej sprawie zostało złożone w formie pisemnej, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy. Na moment zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dokumentów nie wynikało umocowanie do działania w imieniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. Z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania



przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 poz. 964) wynika, że brak dokumentu pełnomocnictwa podlega uzupełnieniu jedynie w zakresie odwołania (§ 9). Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie, do protokołu.

Izba uwzględniła również stanowiska pisemne zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2018 roku *Odpowiedź na odwołanie* złożonym w oryginale do akt sprawy w trakcie posiedzenia z udziałem Stron postępowania oraz stanowisko zawarte w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie.

II.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie do złożenia dokumentów wskazujących na prawidłowe umocowanie Pana Jerzego Nagórskiego do złożenia oferty i składania podpisów pod dokumentami tworzącymi ofertę i innymi dokumentami złożonymi w postępowaniu w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzut odwołania, natomiast uczestnik postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu odwołania - dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie wyżej wymienionego zarzutu odwołania.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący podtrzymał odwołanie, Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania ww. zakresie, a uczestnik postępowania odwoławczego

nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutu odwołania w części – tym samym, w tym postępowaniu odwoławczym nie mamy do czynienia z czynnością wniesienia sprzeciwu, a od której to czynności uzależnione jest rozpoznanie odwołania.

Izba podkreśla, że jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie tylko w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy, w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i stwierdzić należy, że katalog ten nie zawiera informacji dotyczącej możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. W tym miejscu Izba odwołuje się do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, w której Sąd Najwyższy wskazał, że wadliwą jest praktyka Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały podniósł również, że Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw, powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu.

Nie można stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy pominąć w przypadku, gdy postępowanie zostaje umorzone w części z uwagi na uwzględnienie poszczególnych zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że takie stanowisko prezentowane jest w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których w sentencji wyroku zamieszczane jest rozstrzygnięcie w zakresie częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Tym samym, zgodnie z argumentacją Sądu Najwyższego, w sentencji wyroku zawarte zostają wszystkie rozstrzygnięcia co do zarzutów odwołania.

Podkreślenie wymaga również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko to również nie jest odosobnione, czemu wraz dano np.: w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2357/16, oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 172/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2017 roku o sygn. akt KIO 888/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2017 roku o sygn. akt KIO 1187/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2017 roku o sygn. akt KIO 1246/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 roku o sygn. akt KIO 1789/17.

### III.

Izba poddała pozostałe zarzuty odwołania pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu 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.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### IV.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 8 ust. 2 ustawy – *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*
- art. 8 ust. 3 ustawy - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*
- art. 24 ust. 1 pkt 12– *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 1) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*
- art. 26 ust. 3 ustawy – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*
- art. 26 ust. 4 ustawy – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3,*
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*
- art. 90 ust. 3 ustawy - *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 - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

## V.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, *Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Ponadto, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną

regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - 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.

VI.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie (dalej Konsorcjum PKP), oraz ofert wykonawcy Pirios spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej Pirios) oraz oferty wykonawcy Damovo Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Damovo Polska) – Izba zarzut uznała za zasadny.

Izba ustaliła:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Rozdziale XIV – Opis sposobu obliczenia ceny wskazał, że

„2. Cena za realizację prac określonych dla Etapu I (prace wskazane w części A ust. 1 OPZ) nie może być niższa niż cena za realizację prac określonych dla Etapu II (prace wskazane w części A ust. 2 do 5 OPZ).

3. Cena za serwis Systemu i gwarancję nie może przekroczyć 20% wartości zamówienia.”

W załączniku nr 1 do SWIZ – Opis przedmiotu zamówienia w punkcie lit. I Zamawiający zawarł wymagania odnośnie:

1. Wsparcia powdrożeniowego (a- asysta techniczna, b- porad telefonicznych oraz e-mailowych dla administratorów IT i użytkowników systemu)
2. Usługi serwisowe świadczone przez 36 miesięcy od uruchomienia Systemu
3. Usuwanie awarii i usterek
4. Udzielanie porad technicznych dotyczących działania Systemu
5. Dostarczanie aktualizacji i nowych wersji dedykowanej aplikacji dla dyspozytorów uwzględniające poprawki i rozwój aplikacji
6. Realizacja modyfikacji funkcjonalności Systemu

7. Dostarczanie wykazów zgłaszanych awarii i usterek, próśb o poradę
8. Udzielanie szczegółowych wyjaśnień w zakresie składanych wykazów
9. Składanie informacji o poziomie dostępności Systemu w zakończonym roku świadczenia serwisu.

W załączniku nr 1 do SWIZ – Opis przedmiotu zamówienia w punkcie lit. J Zamawiający zawarł wymagania odnośnie gwarancji jakości na System, na okres 36 miesięcy od uruchomienia Systemu (1). Wykonawca będzie w okresie udzielonej gwarancji usuwał zgłoszone przez Zamawiającego wady Systemu (2). Zgłaszanie wad Systemu i usuwanie wad Systemu realizowane ma być w okresie gwarancji w trybie dla usuwania awarii i usterek Systemu opisanych w Części I ust. 3 (4).

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy, za pismami z dnia 14 listopada 2017 roku, wezwał wykonawców: Konsorcjum PKP, Pirios, Sprint spółka akcyjna z siedzibą w Olsztynie (odwołujący), Damovo Polska do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał, że prosi o wyjaśnienie m.in. elementów cenotwórczych:

- wskazanie i uzasadnienie cen elementów Systemu tj.:
  - a) dedykowanej aplikacji dla dyspozytorów,
  - b) konsol dyspozytorskich wraz z oprogramowaniem,
  - c) urządzeń infrastruktury teleinformatycznej tj. serwerów, macierzy dyskowych, rejestratorów rozmów, aktywnych urządzeń sieciowych wraz z oprogramowaniem,
- przedstawienia i wyjaśnienia kalkulacji wynagrodzenia za serwis Systemu.

Zamawiający wskazał również w piśmie, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Izba zważyła:

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące

przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze obecne brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przez niego cena rażąco niska nie jest. Podane tezy odnoszące się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi to wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje,

że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnosnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny,



to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i złożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji w zasadzie ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej, opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy. Pamiętać należy również, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste. To wykonawca musi wykazać rzeczywistość, realność zaoferowanej ceny w postępowaniu.

Uwzględniając powyższą argumentację prawną, która w pełni stanowi uzasadnienie dla oceny złożonych wyjaśnień przez Konsorcjum PKP Izba wskazuje, że wyjaśnienia tego wykonawcy są lakoniczne, niekonkretne i w zasadzie nie wykazują, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska.

Wykonawca konsorcjum PKP w złożonych wyjaśnieniach (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) na stronie 2 pisma z dnia 20 listopada 2017 roku w akapicie trzecim części pisma, która została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, w końcowej części zdania wskazuje na element, który pozwala na obniżenie ceny oferty – jednakże nie wskazuje w jakim zakresie (np. procentowo, czy kwotowo) i jakiej wielkości to obniżenie ceny oferty jest możliwe, realne. Argumentacja ta jest jedynie bardzo ogólnym jednym zdaniem, w którym wskazano przyczynę (początek zdania) i skutek (koniec zdania), lecz bez jakiegokolwiek uzasadnienia, wyjaśnienia, argumentacji. Przedstawiona argumentacja w zdaniach poprzedzających zawarta w akapicie pierwszym oraz dowód jaki został załączony również, poza ogólną informacją nie wskazuje jakie ma to znaczenie dla obniżenia ceny oferty. Wykonawca Konsorcjum PKP nie wyjaśnił w jakie ma znaczenie, w wartościach ekonomicznych, informacja zawarta w złożonym dowodzie. Kolejny akapit, czwarty, pisma na stronie 2 to również wskazanie danego elementu jakie w ocenie wykonawcy Konsorcjum PKP stanowi podstawę obniżenia ceny oferty, jednakże odnosząc się do pierwszego zdania brak jest informacji jakie ma to realne znaczenie dla tego konkretnego zamówienia, jaki ma wpływ. Tak w zasadzie to stanowi bardzo ogólną tezę, nieprzyporządkowaną do niczego konkretnego, jednocześnie bez odniesienia jakie ma to znaczenie dla realizacji tego zamówienia, w szczególności w zakresie jaki odnosi się do końcowej części zdania. Skoro sam wykonawca Konsorcjum PKP podaje taką treść, oznacza to, że nie jest ona obojętna dla realizacji zamówienia ale nie wynika z podanego wyjaśnienia, nie zostało w żaden sposób wyjaśnione jakie w zasadzie ma znaczenie, jak wpływa na kształtowanie ceny złożonej

oferty. Kolejny akapit – ostatni na stronie 2 ww. pisma – w ocenie Izby również zawiera jedynie blankietowe sformułowania. Nie wyjaśnił w jaki sposób wskazane w zdaniu pierwszym walory, do których odwołuje się dwukrotnie, mają rzeczywisty wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty. W zdaniu drugim wykonawca Konsorcjum PKP wskazał na pewną okoliczność, która nie została ani wyjaśniona przez wykonawcę ani wykazana stosownymi dowodami, które w tym przypadku wydają się być niezbędnymi w celu wykazania dokonania rzetelnej kalkulacji ceny złożonej oferty. W kolejnym akapicie (pierwszy akapit na stronie trzeciej ww. pisma) wykonawca Konsorcjum PKP podał kolejny element, który ma w ocenie tego podmiotu znacznie odnośnie zaoferowanej ceny oferty, jednakże ponownie poza ogólnymi, blankietowymi sformułowaniami nie zostały wyjaśnione żadne rzeczywiste realne wartości ekonomiczne, jak również nie zostały przedstawione dowody w tym zakresie. Również w kolejnym akapicie na stronie trzeciej odnosi się wykonawca Konsorcjum PKP do konkretnych informacji, jednakże nie określa niczego konkretnego, a w szczególności nie wykazuje w żaden sposób jakie ma to znaczenie dla określonej ceny oferty, w jaki sposób na nią wpływa i jaki ma faktyczne znaczenie finansowe przy określaniu ceny tej oferty.

Brak jest wskazania przez wykonawcę przyczyn na jakie się powołuje, a do których wyżej odniosła się Izba, w zestawieniu kwotowym przedstawionym w dalszej części pisma. Izba wskazuje również, że w przedstawionym stanowisku Zamawiającego zawartym w piśmie procesowym, a objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, opartym na stanowisku prezentowanym w piśmie wykonawcy Konsorcjum PKP w ocenie Izby poczynione zostały założenia przez Wykonawcę, które nie są zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ (linijka 32 strona 3 pisma wykonawcy Konsorcjum PK – pkt 3 oraz strona 7 pkt 2 pisma Zamawiającego). Nie wynika w odniesieniu do postanowień SWIZ w tym zakresie, aby uprawnione było przyjmowanie przez wykonawcę do dokonania wyceny pewnych założeń, które kształtuje on w jedynie znany sobie sposób, nie dokonując jednocześnie wyceny wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia, co wskazuje, że zaoferowana cena, która odnoszona jest do przedmiotu zamówienia w zakresie do pełnego opisu przedmiotu zamówienia jest nieadekwatna. Izba zaznacza również, że brak jest w złożonych wyjaśnieniach informacji stanowiących odpowiedź na sprecyzowane przez Zamawiającego w wezwaniu elementy, których wskazania i uzasadnienia cen Zamawiający żądał.

Izba wskazuje, że argumentacja zawarta w piśmie procesowym odnośnie sporządzonych wyjaśnień Wykonawcy konsorcjum PKP wskazuje na elementy i informacje, które wskazał wykonawca Konsorcjum PKP w swoich wyjaśnieniach (do których Izba odniosła się wcześniej) jednakże jest to li tylko przepisanie tych treści, bowiem brak ich wyjaśnienia i wykazania dowodami uniemożliwia odniesienie się do realności zaoferowanej ceny oferty (str. 6 pisma procesowego Zamawiającego linijka 4 oraz wspomniany wyżej pkt 2 na stronie 7 pisma Zamawiającego).

W podsumowaniu tej części Izba wskazuje, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień do złożenia których wzywał w sposób bardzo precyzyjny, tym samym Izba uznała, że doszło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy w wyniku czego Izba nakazała odrzucenie oferty Konsorcjum PKP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Mając na uwadze argumentację prawną przedstawianą na wstępie rozpoznania tego zarzutu, która w pełni stanowi uzasadnienie dla oceny złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Pirios Izba wskazuje, że wyjaśnienia tego wykonawcy nie wyjaśniają realności poziomu skalkulowanych cen, które stanowią o wysokości ceny oferty złożonej w postępowaniu.

Mając na uwadze treść wezwania do złożenia wyjaśnień, gdzie Zamawiający wymagał „wskazania i uzasadnienia cen elementów Systemu tj.: (...) b) konsole dyspozytorskie wraz z oprogramowaniem, c) urządzeń infrastruktury teleinformatycznej tj. serwerów, macierzy dyskowych, rejestratorów, aktywnych urządzeń sieciowych wraz z oprogramowaniem”. Wykonawca Pirios w złożonych wyjaśnieniach wskazał w złożonej tabeli informację o kwotach poszczególnych urządzeń, jaki przyjął do kalkulacji ceny oferty (tabela – Koszty zewnętrzne) oraz podał wyjaśnienia w treści pisma (punkt 3). W ocenie Izby poczynione wyjaśnienia są bardzo ogólne, a w zasadzie brak jest tych wyjaśnień poza podaniem cen poszczególnych elementów systemu. Podkreślić należy, co wynika z powyżej wskazanego stanowiska Zamawiającego, że sam Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wymagał podania uzasadnienia zaoferowanej ceny dla poszczególnych elementów. Słusznie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że w zakresie cen elementów oferty – tak jak w tym przypadku – uzasadnienie wykazania poszczególnych cen czego wymagał Zamawiający, a które to urządzenia pochodzą od podmiotów zewnętrznych wykazuje się uzyskanymi od ich dostawców cena, a na które to ceny mogą mieć wpływ różne warunki indywidualne dla danego wykonawcy ukształtowane przez danego dostawcę sprzętu, co w efekcie uzasadnia wielkość zaoferowanej ceny danego elementu mającego wpływ i znaczenie na kalkulację ceny oferty. Niewątpliwie elementy te są istotne w zakresie wyceny oferty, bowiem do nich w swoim wezwaniu referował Zamawiający, a wykonawca Pirios wykazał w ww. tabeli. Słusznie również zwrócił uwagę Odwołujący, że w zasadzie niemożliwe jest dokonanie oceny złożonych wyjaśnień w zakresie poszczególnych cen elementów wyszczególnionych przez wykonawcę Pirios z uwagi na brak podania producenta poszczególnych elementów. O ile koszty własne wykonawcy i ich wykazanie oceniane jest w oparciu o oświadczenie i kalkulacje własne danego podmiotu i wpływające na tą wycenę warunki jakie wskazuje dany wykonawca, o tyle ceny jakie podaje wykonawca, a które

pozyskała od zewnętrznych podmiotów i wpływające na te ceny okoliczności winny być wykazane, dla swojej skuteczności, przy użyciu dokumentów pochodzących od owych podmiotów. W tym zakresie również brak jest wykazania realności kalkulacji wskazanych przez podwykonawców. W tabeli – Podwykonawcy podane zostały nawy podwykonawców jak również zakres prac, czynności, obowiązków jakie mieliby realizować w ramach realizacji zamówienia oraz cena przyporządkowana każdemu z podwykonawców. Izba w tym zakresie uznaje za słuszne stanowisko Odwołującego i uważa, że wykonawca wyjaśniając elementy ceny złożonej oferty oraz uwzględniając wyszczególnione w wezwaniu elementy nie powinien być poprzestać jedynie na wskazaniu podwykonawcy i globalnej kwoty przypisanej do danego podwykonawcy. Zamawiający wymagał wskazania i uzasadnienia cen elementów Systemu takich jak np.: konsole dyspozytorskie wraz z oprogramowaniem – wykonawca Pirios wskazał, że cena sprzętu do podtrzymania zasilania dla konsol dyspozytorskich została ujęta w cenie globalnej wskazanej w tabeli – Podwykonawcy w wierszu 2, co więcej cena ta nie została wykazana jednostkowo. Również kwestia wyceny serwerów nie została wyjaśniona przez wykonawcę Pirios, bowiem jest ona ujęta w globalnej cenie w tabeli – Podwykonawcy w wierszu 2 (serwer centralny i serwer backupowy) jak również wskazana w tabeli koszty zewnętrzne. Wskazanie w tabeli – Podwykonawcy w wierszu 1 podwykonawcy odpowiedzialnego za integrację i serwis części związanej z integracją z systemami radiowymi oraz podanie globalnej kwoty za te czynności, a w uzasadnieniu wyjaśnienie, że ta „optymalizacja” w zakresie prac komunikacji radiowej pozwoliła na znaczące obciążenie całego projektu nie jest wyjaśnieniem wymaganym przez Zamawiającego, a mającym się odnosić do przedstawienia u wyjaśnienia kalkulacji wynagrodzenia za serwis Systemu w tej części odnoszącej się do systemów radiowych. Brak jest jakiegokolwiek kalkulacji tej ceny, w tym zakresie, jak również brak jest wyjaśnienia w oparciu o co owa kalkulacja została zrobiona, a w szczególności bark jest oferty, oświadczenia lub innego dokumentu wskazującego na zaoferowanie cen dla tych części zamówienia za które odpowiedzialny miał być podwykonawca. Samo posłużenie się w wyjaśnieniach, w tabeli – Podwykonawcy, informacją o wykonaniu danych elementów zamówienia przez podwykonawcę, nie zwalnia wykonawcy z wykazania realności zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty, na która to cenę składają się poszczególne elementy cenowe.

Wykonawca w powyższym zakresie przedstawił jedynie ceny elementów oraz w części globalne ceny podwykonawców w żaden sposób nie wykazując i nie uzasadniając poziomu wykazanych cen czy globalnych cen podwykonawców mimo bardzo precyzyjnego wezwania Zamawiającego do wykazania i uzasadnienia, wyjaśnienia kalkulacji zaoferowanych cen stanowiących składowe ceny ofert.

Odnosnie stanowiska Odwołującego wskazującego na załączone przez wykonawcę dowody w postaci referencji, Izba zauważa, że Odwołujący poza ogólnym odniesieniem się do braku w tym zakresie informacji o kosztach udzielonych licencji jak również realnym koszcie roboczogodziny nie przedstawił żadnej argumentacji, która wskazywałaby na to, że nie jest przez wykonawcę Pirios prowadzona „tożsama polityka licencyjna”. Uzyskanie przez Odwołującego w tym zakresie dowodów potwierdzających jego argumentację nie powinno przysparzać mu problemów z uwagi na charakter podmiotów wskazanych w referencjach – a to przecież Odwołujący obowiązany jest dowodzić swoich twierdzeń na etapie składania odwołania i argumentacji.

Izba zgadza się natomiast z Odwołującym co do braku wykazania, przedstawienia i wyjaśnienia kalkulacji wynagrodzenia za serwis Systemu, na co wskazał Odwołujący odnosząc się do braku wyjaśnień w zakresie stawek wynagrodzenia obowiązujących u wykonawcy Pirios. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w tym zakresie jasno i precyzyjnie ujął swoje oczekiwania co do przedstawienia i wyjaśnienia kalkulacji wynagrodzenia za serwis Systemu. Wykonawca Pirios nie przedstawił takiej kalkulacji oraz jej nie wyjaśnił.

Reasumując tą częścią Izba wskazuje, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień, do złożenia których wzywał w sposób bardzo precyzyjny, tym samym Izba uznała, że doszło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy w wyniku czego Izba nakazała odrzucenie oferty wykonawcy Pirios na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Mając na uwadze argumentację prawną przedstawianą na wstępie rozpoznania tego zarzutu, która w pełni stanowi uzasadnienie dla oceny złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Damovo Polska Izba wskazuje, że wyjaśnienia tego wykonawcy nie wyjaśniają realności poziomu skalkulowanych cen, które stanowią o wysokości ceny oferty złożonej w postępowaniu.

W zakresie wyjaśnień poczynionych przez wykonawcę Damovo Polska, Izba wskazuje, że w treści odwołania Odwołujący prawidłowo ustalił stan faktyczny odnoszący się do treści złożonych wyjaśnień, tym samym w tym miejscu Izba odniesie się do złożonych przez wykonawcę Damovo Polska wyjaśnień.

Izba wskazuje, że wykonawca Damovo Polska przedstawił w punkcie 2 złożonych wyjaśnień tabelę zawierającą zestawienie elementów oferty – elementów Systemu. W punkcie 3 zatytułowanym – sprzyjające warunki realizacji zamówienia, przedstawił wyjaśnienia w punktach od 1 do 18. W przedstawionych kolejno punktach wykonawca Damovo Polska odwołuje się do takich argumentów jak: korzystanie ze standardowych upustów

u producentów elementów oferty, wskakuję na standard kosztów, uwzględnienie w kwotach kosztów gwarancji i sprzętu zapasowego, możliwość obniżenia kosztów o około 50% na oprogramowanie (poz.10), możliwość zaoferowania, z uwagi na posiadanie poziomu Platinum z Audiocodes w Polsce, rozwiązań w cenach 10-40% niższych konkurencja oraz oferować usługi serwisowe w cenach od 20-60% niższych niż inne firmy (11), otrzymanie specjalnych upustów na słuchawki uwzględniając wielkość potencjalnego zamówienia, ceny telefonów posiadane w kanale partnerskim, obniżenie cen wdrożeniowych usług o nawet 70% dzięki posiadanej ilości zasobów ludzkich oraz baz rozwiązań (15), optymalizacja kosztów szkoleń, rozbudowana infrastruktura i rozłożenie kosztów stanowi o atrakcyjnych warunkach wsparcia oferowanego systemu

W ocenie Izby wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnień zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w wezwaniu, bowiem porzucił jedynie na wskazaniu cen elementów Systemu bez jakiegokolwiek uzasadnienia poziomu zaoferowanych cen. Wyjaśnienia jakie zostały zawarte w punkcie 3 wyjaśnień nie wskazują na żadne wartości ekonomiczne odnoszące się do poziomu zaoferowanej ceny oferty. Wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę Damovo Polska są lakoniczne, nieprecyzyjne, bardzo ogólne i wskazujące na blankietowe sformułowania, które nie uzasadniają wskazanych cen poszczególnych elementów Systemu. Składane wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, a takie nie są w przypadku wyjaśnień wykonawcy Damovo Polska. Brak również jest w przypadku cen, których poziom jest wynikiem upustów producentów danego elementu, czy specjalnych programów lojalnościowych lub też specjalnej współpracy dowodów, na które również w wezwaniu wskazywał Zamawiający, a pochodzących właśnie od tych podmiotów. Izba nie znalazła uzasadnienia wskazanej przez wykonawcę Damovo Polska przyczyny dla nieprzedstawienia ofert dostawców – tajemnica przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że każdy z wykonawców ma możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla wskazanych przez siebie danych przy zastrzeżeniu, że wykaże zasadność tego zastrzeżenia (art. 8 ustawy). W ocenie Izby wykonawca Damovo Polska pośrednio również przyznał, że przedstawienie ofert dostawców stanowiłoby w zasadzie uzasadnienie kalkulacji cen elementów Systemu.

Brak jest również przedstawienia i wyjaśnienia kalkulacji wynagrodzenia za serwis Systemu, którego w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień wymagał Zamawiający. W zakresie tego elementu podlegającego wyjaśnieniu w zasadzie nie podano żadnych informacji poza odniesieniem do globalnej kwoty w punkcie 16 tabeli w punkcie 2 złożonych wyjaśnień oraz ogólnikami podniesionymi w pozycji 16, punkcie 3 – sprzyjające warunki realizacji zamówienia złożonych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, w podsumowaniu Izba wskazuje, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych wyjaśnień, do złożenia których wzywał w sposób

bardzo precyzyjny, tym samym Izba uznała, że doszło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy w wyniku czego Izba nakazała odrzucenie oferty wykonawcy Damovo Polska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 2 w związku z ust 3 ustawy z uwagi na niewykazanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie (dalej Konsorcjum PKP) podstaw do utajnienia przekazanych informacji jako spełniających wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Izba zarzut uznała za zasadny, jednakże z uwagi na uwzględnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PKP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy zarzut ten pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Przepis ten został znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) i wprowadził istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane, tak jak w rozpoznawanym przypadku w wyjaśnieniach dotyczących elementów ceny oferty, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w tych wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawodawca w art. 8 ust. 3 ustawy odesłał do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503) w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą

zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji, a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych. Podkreślenia wymaga, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Izba wskazuje, że to Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej to na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicą stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek do dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych informacji. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy nie pozostawia również wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych - równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji.

Podkreślić należy, że to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wykonawca, składając poufną informację ryzykuje, że zostanie ona ujawniona, jeżeli nie podoła obowiązkowi wykazania, że dana informacja rzeczywiście zasługuje na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy, rozumieć zatem należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy o



zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać, którą wykonawcy są w stanie zarówno oświadczyć jak również są w stanie wykazać odpowiednimi dowodami.

Argumentacja zawarta w przedstawionym Zamawiającemu wyjaśnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum PKP jest lakoniczna i ogólnikowa, stanowi hasłowe odnośnienie się do blankietowych określeń takich jak doświadczenie wymienione w zastrzeżonych dokumentach, które stanowi wartość gospodarczą jako element strategii handlowej wykonawcy oraz prowadzonych uprzednio wielokrotnie negocjacji, które doprowadziły do posiadania korzystnej sytuacji rynkowej podmiotu DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialności. W uzasadnieniu Konsorcjum PKP wskazuje na ochronę elementów cenotwórczych oraz dokumentów wskazujących na ceny zakupu na równi z ochroną jaką przyznaje DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialności swojemu know-hau w zakresie techniki i technologii, jednocześnie nie wskazuje poza stwierdzeniem, że podjęła środki ochrony uniemożliwiające się zapoznaniu z tymi danymi, ale jednocześnie w zakresie wskazanych sposobów ochrony jakimi obejmuje swoje know-hau nie wyjaśnia jak mają się one do ochrony informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach. Nie wyjaśnia również wykonawca Konsorcjum PKP jakie znaczenie dla ochrony danych zawartych w wyjaśnieniach ma posiadane przez DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialności Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego czy posiadana Kancelaria Tajna, które nie mają w tym przypadku żadnego realnego zastosowania. Wykonawca zastrzegając określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu, że określone zastrzeżone informacje posiadają dla wykonawcy określone wartości gospodarcze, handlowe i inne, a co może nastąpić np. przez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (np. znak towarowy, prawa autorskiego czy też unikalne dogodności polegające na wielokrotnych negocjacjach) posiadającej określoną wartość, którą można wycenić (waluta) i które to dobro jest przynależne uprawnionemu. Podkreślenia wymaga również, że przejawem wartości może być potencjalna szkoda po stronie wykonawcy, którą mógłby ponieść wykonawca, gdyby informację chronioną przez wykonawcę zostały upublicznione, jednakże również wykazana – samo stwierdzenie, że ujawnienie informacji pozwoliłoby na zapoznanie się innym podmiotom z informacjami na temat dostawców oraz specjalnie przygotowanych cen i tym samym obniżenie kosztów umów przez wykorzystanie prowadzonych przez DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialności negocjacji nie stanowi faktycznego wykazania szkody, którą mógłby ponieść DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialności. W każdym przypadku, w którym wykonawca obejmuje ochroną dane

informacje sytuacja jest inna, dlatego też sposób wykazania w każdym przypadku będzie mógł być inny, lecz zawsze wspólnym mianownikiem dla działań wszystkich wykonawców będzie konieczność skutecznego wykazania podstaw zastrzeżenia. Konieczne jest zatem wykazanie Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Izba wskazuje również na zastrzeganie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które nie są ich własnością wykonawcy, a stanowią własność osób współpracujących z danymi wykonawcami lub własność innych podmiotów gospodarczych. W takich przypadkach wykonawca winien móc wykazać się konkretnymi zobowiązaniami jakie łączą te podmioty z wykonawcami, a nie tylko odwoływać się do kluczowej i istotnej wartości gospodarczej oraz poczynionych zobowiązań, których w żaden sposób nie wykazują. W rozpoznawanej sprawie Konsorcjum PKP nie wykazało w złożonych zastrzeżeniach, że związane jest z dostawą elementu Systemu umowami o nieujawnianiu poczynionych ustaleń, prowadzonych negocjacjach, a w efekcie o nieujawnianiu ostatecznych cen. Tym samym tylko dla konsorcjum PKP są to informacje jakie uważa za chronione tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże przy braku ich ochrony po stronie kontrahenta nie zostaje dopełniona jedna z koniecznych przesłanek ochrony tych informacji.

Reasumując, doszło w ocenie Izby do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy. Jednakże Izba uwzględniając odwołanie nie nakazała ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach elementów ceny złożonych przez Konsorcjum PKP za pismem z dnia 20 listopada 2017 roku, bowiem Izba uznała (o czym mowy wyżej) za zasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum PKP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i zgodnie z sentencją orzeczenia nakazała odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum PKP – zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 ustawy nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy w związku z art. 26 ust 3 i 4 ustawy przez uznanie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie (dalej Konsorcjum PKP) w sytuacji nie wykazania roli członka Konsorcjum firmy DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba ustaliła:

W SWIZ w Rozdziale VIII w punkcie 2 podpunkt 3 Zamawiający podał, że:

O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, tj.: (...) 3) posiada zdolność techniczną i zawodową. Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia w/w warunek jeżeli wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę ze zrealizowanym (zakończonym) wdrożeniem co najmniej jednego zintegrowanego systemu łączności dyspozytorskiej (dopuszcza się inną nazwę systemu; jeżeli będzie jednoznacznie wskazywać, że chodzi o system łączności dedykowany dla dyspozytorów lub jeżeli podana nazwa jest nazwą własną takiego systemu) obejmującą dostawę co najmniej 25 konsol."

Wykonawca Konsorcjum PKP w Wykazie usług wskazało realizację dwóch zadań:

- 1) dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Gdańsku,
- 2) dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Bydgoszczy.

Izba zważyła:

W oceni Izby Odwołujący wskazując na to, że zamówienie ww. realizowane były przez DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Siltec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i nie została wyjaśniona okoliczność rzeczywistego udziału DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w realizacji tych zamówień określił zakres zarzutu, który poza podaniem podstawy prawnej wymaga również wskazania uzasadnienia faktycznego. Tym samym podnoszona w trakcie rozprawy argumentacja odnośnie braku dotkanego wdrożenia uznana musi być za spóźnioną i wykraczającą poza zakres zarzutu.

W obrębie zarzutu jaki postawił Odwołujący Izba wskazuje, że pominał on w swojej argumentacji treść złożonych wraz z wykazem referencji i nie odniósł się do informacji wynikających z tych referencji. Izba podkreśla, że ocena stanowiska prezentowana przez Odwołującego dokonywana jest w ramach prawa i obowiązku Strony w dowodzeniu swoich twierdzeń. Nie stanowiło elementu spornego pozyskanie przez DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością doświadczenia w konsorcjum z innym podmiotem. Tak więc ta okoliczność nie wymagała żadnego dowodzenia i stanowiła element stanu faktycznego w tej sprawie. Jednakże to na Odwołującym, który twierdzi, że wykonawca nie jest się w stanie wykazać pozyskaniem doświadczeniem spoczywał obowiązek wywiedzenia tego. Samo podniesienie, że wykonawca, który wykonał zadanie wspólnie z innym wykonawcą nie może

prować do uznania, że zrealizował zadanie jest niewystarczające. Izba wskazuje, że sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przyznał, że wykonawcy wspólnie je zrealizowali. Jednocześnie Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji – mimo że miał niewątpliwie możliwość pozyskania informacji z uwagi na charakter podmiotów na rzecz których realizowane były wykazane przez Konsorcjum PKP dostawy - nie wykazał dowodami, że udział DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w realizacji tych zamówień nie potwierdzał uzyskania doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający wykazał w swoim stanowisku pisemnym, że w referencjach w sposób jednoznaczny wskazano, że to DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością było dostawcą Konsol dyspozytorskich.

Istotą rozpoznawanego zarzutu nie jest ocena zero jedyńkowego wskazania polegająca na podaniu, że zamówienie realizowane było wspólnie przez wykonawców więc żadne z podmiotów nie nabyło doświadczenia, lecz istotą rozpoznania jest ocena, czy w ramach realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie je realizujących dany wykonawca nabył doświadczenie pozwalające mu na wykazanie spełnienia określonego warunku. Podkreślenia wymaga, że sam Trybunał Sprawiedliwości UE podnosił, że warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05 – za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1854/17). Powyżej wskazane stanowisko dostrzegalne jest w orzecznictwie jak również doktrynie tematu, bowiem ma ono szczególne znaczenie, z jednej strony dające podmiotom realizującym w znacznym rozmiarze kontrakt możliwość wykazywania się nabytym doświadczeniem, z drugiej strony eliminuje możliwość posługiwania się doświadczeniem całego „konsorcjum” przez wykonawców, którzy realizowali kontrakt w marginalnym zakresie. We wskazanym przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE również wskazane zostało, że doświadczenie wykonawcy, które jest doświadczeniem uzyskanym przez grupę wykonawców, a której on był członkiem należy określać w zależności od konkretnego udziału tego wykonawcy w realizacji zamówienia, a więc faktycznego wkładu w realizowane zamówienie, które wymagane było od wykonawców wspólnie je realizujących. To Odwołujący twierdził, że wykonawca Konsorcjum PKP nie wykazał spełnienia warunku i winien był to udowodnić, czego nie uczynił. Tym samym w ocenie Izby nie doszło do naruszenia przepisów ustawy podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu i Izba uznała zarzut odwołania za niezasadny.

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie

ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie (dalej Konsorcjum PKP) stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Damovo Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej Damovo Polska) jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na fakt, że zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie nie jest przygotowane do integracji z systemem radiowym – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba zważyła:

W zakresie powyższych zarzutów odwołania Izba wskazuje dla nich wspólną argumentację.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w

spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne, argumentację Odwołującego brak jest jakiejkolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać naruszenie wymienionych wyżej przepisów ustawy, jakich czynności z którymi się nie zgadza dokonał Zamawiający jak również nie wskazał Odwołujący jakich ewentualnie czynności zaniechał Zamawiający.

Natomiast w odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy argumentacja Odwołującego zawarta na końcu odwołania (trzy linijki) jest ogólnym wskazaniem przekonania Odwołującego, który nie odnosi się do żadnego konkretnego postanowienia złożonej oferty. Nie sposób uznać za jakiejkolwiek uzasadnienie faktyczne lakonicznego, bardzo nieprecyzyjnego i niejasnego odwołania do informacji pochodzących ze stron internetowych oraz wskazanych niewiadomych referencji (bowiem nie wiadomo o jakie chodzi wykonawcy).

Izba zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej. Izba wskazuje, co wymaga podkreślenia, a co związane jest z podejmowanymi w trakcie postępowania odwoławczego czynnościami przez Strony postępowania Odwoławczego, że odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się Stron postępowania do rozprawy jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołania w całości lub części przez Zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi, bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Wskazania

jedynie podstawy prawnej bez podania faktycznej argumentacji nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

Reasumując, w rozpoznawanej sprawie nie wiadomym jest z czym nie zgadza się Odwołujący poza tym, że wskazuje na naruszenie wymienionych na wstępie odwołania przepisów. Brak określenia zarzutów w odwołaniu czyli poza podstawą prawną wskazania stanu faktycznego oraz wskazania uzasadnienia faktycznego konkretnych czynności/zaniechań Zamawiającego leżącego u podstaw wnoszonego środka ochrony prawnej stanowił podstawę nieuwzględnienia wskazanego przez odwołującego naruszenia podstawy prawnej (przepisu).

W zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PKP Telkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz DGT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Straszynie (dalej Konsorcjum PKP) którego oferta winna była zostać odrzucona - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....