

WYROK
z dnia 12 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Wolters Kluwer S.A., ul. Przyokopowa 33, 01-208 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. **Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., Verlag C.H. Beck oHG, ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Wolters Kluwer S.A., ul. Przyokopowa 33, 01-208 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wolters Kluwer S.A., ul. Przyokopowa 33, 01-208 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę oprogramowania z systemem informacji prawnej wraz z licencją na korzystanie na potrzeby sądów powszechnych.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 208-377373 w dniu 27 października 2015 r.

12 sierpnia 2016 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawcę Wolters Kluwer S.A., ul. Przyokopowa 33, 01-208 Warszawa (dalej: „Odwołujący” lub „Wolters Kluwer”), o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., Verlag C.H. Beck oHG, ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa (dalej: „Przystępujący” lub „BECK”).

22 sierpnia 2016 r. Wolters Kluwer wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę BECK jako najkorzystniejszej;
2. czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, zakończonej wyborem oferty wykonawcy BECK jako oferty najkorzystniejszej;
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BECK pomimo, iż jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”);

4. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BECK pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę;
5. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy BECK i w konsekwencji uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
6. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
7. z ostrożności Odwołujący wnosił również odwołanie od czynności zaniechania wezwania wykonawcy BECK do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BECK, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BECK pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia oferty wykonawcy BECK z postępowania i zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę BECK za odrzuconą, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. z ostrożności Odwołujący stawiał również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BECK do uzupełnienia lub wyjaśnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy BECK jako najkorzystniejszej;
- dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę BECK;
- dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BECK na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- dokonał czynności wykluczenia wykonawcy BECK z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznał ofertę złożoną przez wykonawcę BECK za odrzuconą;
- dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- z ostrożności, na wypadek nie uznania zarzutów niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy BECK lub niezasadnego zaniechania wykluczenia wykonawcy BECK z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy BECK do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w razie ich nieskutecznego uzupełnienia - wykluczenia wykonawcy BECK z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Wolters Kluwer wyjaśniał:

I.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BECK, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji

1.

Odwołujący wyjaśniał, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia w tabeli zatytułowanej „Ilościowe wymagania minimalne dla typów: 1,2,3” w trzecim od dołu wierszu Zamawiający zawarł następujące wymagania minimalne:

Do każdej z ustaw, wskazanych w tabeli „Wymagania dodatkowe - Pozacenowe kryteria ofert”, w kolumnie "ZAWARTOŚĆ MERYTORYCZNA - KATEGORIA LITERATURA" w wierszach od nr 34 - 44 (poniżej) Zamawiający wymaga minimum jednego komentarza książkowego w każdym z wierszy. Z powyższego wynika, że Zamawiający wymagał między innymi minimum jednego komentarza książkowego do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych (wiersz nr 44).

Następnie Odwołujący wskazywał, że w Słowniku pojęć użytych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający zawarł definicję pojęcia komentarz książkowy. Zgodnie z tą definicją za komentarz książkowy Zamawiający uznaje najaktualniejszą pozycję książkową (pełny tekst komentarza), opublikowaną w wersji papierowej po 1 stycznia 2008 roku, która zawiera całościowe omówienie przepisów danego aktu prawnego, opracowane przez określonego autora lub zespół redakcyjny, nie będącą publikacją zwartą, ani inną publikacją. Zamawiający traktuje kilka tomów jednej pozycji książkowej, a także jej wszystkie wydania historyczne jako jeden komentarz książkowy. Jednocześnie Wykonawca zobowiązując się udostępnić w Systemie Informacji Prawnej określony komentarz książkowy, udostępni wszystkie tomy i wersje historyczne tego komentarza książkowego. Przykład: Kodeks cywilny. Komentarz. Tomy I - IV, pod redakcją Jana Kowalskiego, Wydawnictwo XYZ, rok 2015.

Odwołujący podnosił, że na stronie 56 oferty Wykonawca Beck jako wymagany przez Zamawiającego komentarz do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych wskazał następującą pozycję: „Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz. B. Kolecki, 2016 r.”

Jak wynika z ww. definicji pojęcia komentarza książkowego Zamawiający pod tym pojęciem rozumie pozycję książkową (pełny tekst komentarza), opublikowaną w wersji papierowej, która zawiera całościowe omówienie przepisów danego aktu prawnego. Natomiast samo pojęcie komentarz oznacza omówienie merytoryczne poszczególnego przepisu danego aktu prawnego, opracowane przez specjalistów z zakresu prawa.

Zdaniem Odwołującego analiza publikacji „Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz.” autorstwa Bartłomieja Koleckiego prowadzi do wniosku, iż tej pozycji książkowej nie sposób uznać za komentarz książkowy w rozumieniu,

jakie temu pojęciu nadaje Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Publikacja ta nie stanowi bowiem komentarza książkowego zgodnie z definicją tego pojęcia przyjętą przez Zamawiającego.

Po pierwsze, za przyjęciem takiego stanowiska przemawia już sama objętość omawianej publikacji. Pobieżne oględziny egzemplarza tej książki prowadzą do wniosku, że mamy do czynienia z papierowym wydaniem ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych z krótkimi objaśnieniami. Objasnienia do poszczególnych przepisów tego aktu prawnego są tak krótkie, że nie pozwalają na nazywanie tej publikacji komentarzem wbrew użyciu tego wyrazu w jej tytule. Niejednokrotnie owe objaśnienia są krótsze od samych przepisów, które mają komentować.

Po drugie, wartość merytoryczna ww. publikacji jest znikoma, a przynajmniej niewystarczająca do uznania, że mamy do czynienia z komentarzem, w tym w szczególności komentarzem książkowym w znaczeniu przyjętym przez Zamawiającego. Objasnienia, na ogół kilkuzdaniowe, najczęściej zawierają wyłącznie przytoczenie treści samego przepisu (ujętej w nieco odmienny sposób) wraz z informacją, na mocy której nowelizacji (lub w związku z którym orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego) przepis został zmieniony. Autor stosunkowo rzadko odwołuje się do poglądów judykatury, a ponadto za bardzo częste należy uznać pomijanie orzeczeń mających dla danego zagadnienia fundamentalne znaczenie. Przedmiotowa publikacja zwraca uwagę nie tylko skrajnie minimalistycznym podejściem do orzecznictwa, ale także pominięciem szeregu kluczowych dla praktyki zagadnień. W publikacji nie znajdziemy odpowiedzi na pytania wynikające z bieżącej pracy w organach wymiaru sprawiedliwości. Brak jest wskazania niejasnych, budzących wątpliwości rozwiązań w omawianych przepisach, lub w obowiązujących regulacjach, czy też sugestii przyszłych rozwiązań legislacyjnych. W przedmiotowej publikacji nie ma zatem większości tych elementów, z którymi spotykamy się w trakcie lektury dowolnego komentarza do aktu prawnego.

Dość często „komentowanie” polega również na odsyłaniu do komentarzy i publikacji innych autorów, a w szczególności do dwóch komentarzy do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych wydanych przez Wydawnictwo Wolters Kluwer, tj. do: A Górski (red.), Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz, Warszawa 2013, komentarz oraz J. Gudowski (red.), Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz, Warszawa 2009, Komentarz. Obydwa

komentarza są zamieszczone w systemie informacji prawnej LEX. Są to jednak odesłania na zasadzie: „szerzej zob”, choć używane sformułowanie „szerzej” jest o tyle niezrozumiałe, że na ogół autor publikacji sam niczego nie objaśnia. Ponadto są to odesłania do literatury bez wspomnienia czegokolwiek o stanowiskach zajmowanych przez wskazywanych autorów innych publikacji.

Ciężko sobie wyobrazić sytuację, w której sędzia sięgając do owego komentarza, znajdzie rozwiązanie, lub chociażby drobną podpowiedź zaistniałego problemu prawnego. Książka ta z pewnością nie jest bowiem adresowana do osób piastujących funkcje w organach sądów powszechnych.

Zdaniem Odwołującego powyższe prowadzi do wniosku, że omawiana publikacja nie zawiera komentarzy do przepisów w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadał Zamawiający (omówienie merytoryczne poszczególnego przepisu danego aktu prawnego, opracowane przez specjalistów z zakresu prawa), a w konsekwencji nie może zostać uznana za komentarz książkowy (nie stanowi całościowego omówienia przepisów danego aktu prawnego).

W istocie publikacja ta stanowi tekst ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych uzupełniony o nieco szersze objaśnienia niż zwykle zamieszczane są w tego rodzaju (książkowych) wydaniach aktów prawnych (tj. w postaci hasłowej, w nawiasie, w górnej części jednostki redakcyjnej). Poczynione przez autora objaśnienia przedstawiają krótki i wybiórczy zbiór informacji, do których każdy może samodzielnie dotrzeć w krótkim czasie z dowolnego systemu informacji prawnej. Przykładowo w systemie informacji prawnej LEX wystarczy otworzyć link informację o danej jednostce zamieszczony pod danym przepisem prawnym.

Po trzecie, nie da się nie zauważyć, że napisanie przedmiotowej publikacji z pewnością nie zajęło autorowi zbyt dużo czasu, co jest jak najbardziej zrozumiałe zważywszy na okoliczności związane z pilną koniecznością wydania takiej pozycji bibliograficznej. Trzeba bowiem wskazać, iż wymóg odnośnie konieczności zaoferowania takiego komentarza został określony przez Zamawiającego wraz z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołanie złożył wykonawca BECK między innymi podnosząc zarzut nadmiernego w jego ocenie wymogu dotyczącego konieczności zaoferowania komentarza do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych (opublikowanego po 1 stycznia 2008 r.). Uzasadniając ten zarzut

wykonawca BECK argumentował, że takiego komentarza nie posiada i w związku z tym działanie Zamawiającego ma na celu jedynie ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z tym w złożonym odwołaniu wykonawca BECK wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez usunięcie ww. wymogu (tj. żeby wykonawcy nie byli zobowiązani do zawarcia w ofercie ani jednego komentarza książkowego do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych). Ze stanowiskiem tym nie zgodziła się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2435/15, uznając, że postawienie takiego wymogu przez Zamawiającego jest zasadne i zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający w sposób wyczerpujący uzasadnił swoje potrzeby w tym zakresie. Tym samym po stronie Wykonawcy BECK powstała konieczność pilnego uzupełnienia swojej oferty o komentarz do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych. Za uzasadnione należy zatem uznać przypuszczenie, że genezę powstania omawianej publikacji stanowi rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2015 r.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że publikacja: „Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz. B. KołECKI, 2016 r.” nie może zostać uznana za komentarz książkowy w rozumieniu nadanym temu pojęciu przez Zamawiającego. W konsekwencji, oferta złożona przez wykonawcę BECK, w związku z tym, iż nie zawiera jednej z obowiązkowych pozycji, jaką jest komentarz do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wobec tego powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2.

Odwołujący podnosił, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia (WYMAGANIA MINIMALNE) Zamawiający wymagał między innymi:

- kompletu aktów prawnych publikowanych w dziennikach resortowych (w odniesieniu do każdego z dzienników resortowych podany został początkowy rok, od którego Zamawiający wymaga kompletu aktów prawnych w danym dzienniku),
- kompletu aktów prawnych publikowanych w Monitorze Polskim,

- a także kompletu aktów prawnych publikowanych w Dzienniku Urzędowym UE.

W ocenie Odwołującego powyższych wymagań system informacji prawnej oferowany przez wykonawcę BECK (Legalis) nie spełnia, albowiem w systemie tym brak jest:

- łącznie 1400 aktów prawnych publikowanych w poszczególnych dziennikach resortowych,
- 3777 aktów prawnych publikowanych w Monitorze Polskim,
- oraz 564 aktów prawnych publikowanych w Dzienniku Urzędowym UE.

Odwołujący twierdził, że w systemie informacji prawnej Legalis łącznie brakuje 5741 aktów prawnych w stosunku do wymagań postawionych w tym zakresie przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Konieczność zaoferowania kompletu ww. aktów prawnych została przez Zamawiającego określona jako wymagania minimalne. Nie spełnienie tych wymagań przez wykonawcę BECK stanowi o niezgodności jego oferty z Opiszem Przedmiotu Zamówienia określonym przez Zamawiającego.

W konsekwencji, powyższe prowadzi do uznania, że złożenie przez wykonawcę BECK oferty nie spełniającej wymagań minimalnych Zamawiającego w zakresie ww., aktów prawnych publikowanych w dziennikach resortowych, Monitorze Polskim oraz Dzienniku Urzędowym UE, stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W opinii Odwołującego ustalenie powyższej okoliczności, w tym przez posłużenie się instytucją wezwania do wyjaśnienia treści oferty zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, było obowiązkiem Zamawiającego.

II.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BECK pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę.

Odwołujący wyjaśniał, że w ofercie wykonawcy BECK została zaoferowana cena 2 869 388,00 zł brutto podczas, gdy szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 10 726 834,96 zł netto, natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wyniosła 13 969 489,80 zł brutto. Drugi z wykonawców złożył ofertę z kwotą 11 069 151,30 zł brutto. Cena zaproponowana przez wykonawcę BECK jest o prawie 80% (!) niższa od szacunkowej wartości zamówienia.

W konsekwencji powyższego wykonawca BECK został przez Zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca BECK, w dniu 13 czerwca 2016 r. skierował do Zamawiającego pismo stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie. W piśmie tym jednak nie zawarto jakiegokolwiek kalkulacji kosztów realizacji zamówienia ani dowodów uzasadniających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Treść wyjaśnień jest niezwykle lakoniczna - uzasadniając zaproponowaną cenę wykonawca BECK powołał takie okoliczności, jak posiadanie własnych, optymalnych zasobów ludzkich i sprzętowych, posiadanie umów na stałą współpracę z większością ośrodków akademickich czy też koncentrowanie większości prac w swojej siedzibie. Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się jednak do okoliczności, na jakie wskazywał w wezwaniu Zamawiający, wynikających z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei dołączone do wyjaśnień dowody nie mają dla sprawy żadnego znaczenia, gdyż nie odnoszą się do kalkulacji sporządzonej na potrzeby tego konkretnego postępowania.

Zdaniem Odwołującego należy podkreślić, iż zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wprawdzie także po nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 19 października 2014 r., dopuszcza się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, ale dotyczy to wyłącznie sytuacji, w której wykonawca złożył wyjaśnienia odpowiadające wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1 Pzp, jednakże w dalszym ciągu pozostają jeszcze jakieś kwestie wymagające bardziej szczegółowego wyjaśnienia. Generalnie jednak należy uznać, że czynność wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ma charakter jednokrotny.

W przedmiotowej sprawie wykonawca BECK nie złożył wyjaśnień wymaganych zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - nie zadośćuczynił obowiązкови, ale i nie skorzystał z uprawnienia, unormowanego w art. 90 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie był z kolei uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy BECK do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, skoro z jednej szansy na wyjaśnienie tej kwestii wykonawca ten z własnej woli nie skorzystał. W związku z tym, należy stwierdzić, że oferta wykonawcy BECK podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego, z ostrożności, Odwołujący wskazywał, iż także wzięcie pod uwagę wyjaśnień złożonych na ponowne wezwanie Zamawiającego prowadzi do wniosku, że oferta wykonawcy BECK powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

W ponownym wezwaniu Zamawiający jednoznacznie przyznał, iż uprzednio złożone wyjaśnienia zawierają jedynie ogólną informację, a dowody załączone do wyjaśnień nie są przydatne do dokonania oceny zawartej w ofercie ceny. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca BECK złożył ponowne wyjaśnienia, tym razem zawierające kalkulację ceny. Należy jednak zauważyć, iż kalkulacja ta wbrew zapewnieniom tego wykonawcy nie zawiera wszystkich elementów, jakie winien on wziąć pod uwagę kalkulując cenę na potrzeby przedmiotowego postępowania. Nie zostały bowiem wzięte pod uwagę takie elementy realizacji zamówienia, które wpływają na cenę oferty, jak:

- 1) koszty przeszkolenia z obsługi dostarczonego przedmiotu zamówienia - zgodnie ze wzorem umowy, która zostanie zawarta pomiędzy Zamawiającym z wybranym przez niego wykonawcą, wykonawca ten jest zobowiązany do przeprowadzenia, w każdym sądzie, szkoleń z obsługi SIP, a szkolenia te mają odbywać się w miejscu wskazanym przez dany sąd;
- 2) koszty zainstalowania SIP w wersji intranetowej oraz w wersjach DVD;
- 3) koszty realizacji świadczeń gwarancyjnych (usług serwisowych] - zgodnie z ww. wzorem umowy, o ile nie będzie możliwe zdalne rozwiązanie problemu w formie konsultacji telefonicznej, usługi te winny być realizowane przez wykonawcę w miejscu użytkowania SIP.

Powyższe kategorie kosztów, związane z posługiwaniem się przez wykonawcę osobami realizującymi ww. świadczenia, mają - z uwagi na rozmiary przedmiotu zamówienia i specyfikę jego realizacji - istotne znaczenie przy ustalaniu ceny oferty. Koszty te nie zostały wykazane przez wykonawcę BECK w jego wyjaśnieniach; w szczególności, mając na uwadze przyjętą przez wykonawcę BECK w ww. wyjaśnieniach definicję kosztów stałych, ww. koszty nie wchodzą w zakres kosztów stałych, o których mowa w ww. wyjaśnieniach.

Odwołujący twierdził, iż wykonawca BECK w dalszym ciągu nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających sporządzoną kalkulację, tj. odnoszących się do konkretnego przedmiotu zamówienia. Dodatkowym dowodem, jaki wykonawca BECK przedstawił wraz z ofertą jest sprawozdanie finansowe Wydawnictwa C.H. BECK Spółka z o.o. za rok kończący się 31 grudnia 2015 r., a zatem kolejny dokument nie mający znaczenia dla dokonania oceny zawartej w ofercie ceny.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, należy stwierdzić, iż wykonawca BECK nie przedstawił wystarczających wyjaśnień i dowodów stanowiących wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, do czego wykonawca ten był zobowiązany zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

III.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia oferty BECK z postępowania i zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę BECK za odrzuconą, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BECK do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazywał, że na okładce oferty oraz w treści formularza ofertowego jako wykonawca została wskazana wyłącznie spółka Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., natomiast z niektórych innych dokumentów składających się na

ofertę wynika, że została ona złożona przez konsorcjum: Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. oraz Verlag C.H. Beck oHG.

Zdaniem Odwołującego powyższy stan rzeczy rodzi uzasadnione wątpliwości co do tego, przez jakiego wykonawcę lub wykonawców została złożona przedmiotowa oferta. Mając na uwadze okoliczność, iż jako wykonawca - na okładce oferty, ale przede wszystkim w treści formularza ofertowego (czyli najważniejszej części oferty w znaczeniu sensu largo) - została określona wyłącznie spółka Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., należałoby uznać, iż wobec przedłożenia referencji dotyczących wyłącznie zamówień zrealizowanych przez Verlag C.H. Beck oHG, wykonawca ten (spółka Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o.) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co w konsekwencji prowadzi do uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Wobec zaistniałych w powyższym względzie wątpliwości, w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien co najmniej zwrócić się do wykonawcy BECK o wyjaśnienie powyższej kwestii na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Natomiast w przypadku stwierdzenia, że oferta została złożona wyłącznie przez spółkę Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o, Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Niezależnie od powyższego zarzutu, zdaniem Odwołującego przedmiot dostaw wskazanych w ww. referencjach nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu postawionemu przez Zamawiającego.

Z treści ww. referencji wynika, że przedmiotem umów było używanie produktu „beck-online”, a dokładniej - biorąc pod uwagę oryginalną, niemieckojęzyczną wersję przedłożonych referencji - bazy danych o prawie beck-online, podczas gdy warunek udziału w postępowaniu dotyczył dostawy oprogramowania z systemem informacji prawnej.

W referencjach, w ich oryginalnej, sporządzonej w języku niemieckim wersji, użyto ogólnego pojęcia "Rechtsdatenbank beck-online", które oznacza bazę danych o prawie. Tymczasem, w treści tłumaczenia ww. referencji na język polski pojęcie "Rechtsdatenbank beck-online" zostało przetłumaczone jako system informacji prawnej. Należy w tym miejscu podkreślić, że w języku niemieckim pojęcie "System

informacji prawnej” ma swoją odrębną, powszechnie znaną nazwę - „Rechtsinformationssystem”.

Użyte w obydwu referencjach pojęcie „beck-online” jest szerokim pojęciem obejmującym produkty stanowiące elektroniczne bazy danych o prawie, dostępne online, oferowane przez Verlag C.H. BECK oHG na rynku niemieckim. Baza informacji o prawie beck-online charakteryzuje się budową modułową, a ponadto w przeważającym zakresie wertykalną. Oznacza to, że beck-online to określone, wybrane bazy, obejmujące swoim zakresem tylko pewien wycinek prawa np. jak w produkcie „Anwalt Premium” dedykowanym adwokatom, zawierającym zbiór aktów prawa federalnego oraz zbiór wybranych ważnych aktów prawa, w którym orzecznictwo i komentarze dotyczą przede wszystkim zakresu prawa cywilnego. Kolejny przykład to produkt „Strafrecht PLUS”, dedykowany sędziom oraz prokuratorom, zawierający zbiór aktów prawnych z zakresu prawa karnego oraz zbiór wybranych, najważniejszych aktów prawa wraz z, ponownie, jedynie pewnym wyborem, orzecznictwa oraz komentarzy z zakresu prawa karnego. Nadto, same opisy oferty beck-online nie posługują się pojęciem „System informacji prawnej - Rechtsinformationssystem”.

W ocenie Odwołującego produkt będący bazą danych o prawie nie może być zatem utożsamiany z produktem stanowiącym system informacji prawnej. System informacji prawnej charakteryzuje się bowiem tym, że obejmuje swoim zakresem wszystkie gałęzie prawa, a więc ma charakter horyzontalny. Ponadto, system informacji prawnej musi być kompleksowy, tj. zawierać całościowy zbiór aktów prawnych ogłoszonych przez właściwe organy państwowe oraz międzynarodowe i obowiązujących w danym kraju. Nadto, powinien zawierać jak najszerszą, horyzontalną bazę orzecznictwa sądowego i literatury prawniczej. Musi być również usystematyzowany w postaci odpowiednich relacji pomiędzy dokumentami, które są w nim zawarte.

Niewątpliwie w powyższy sposób pojęcie „system informacji prawnej” rozumiał również Zamawiający, dokonując opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wynika to przede wszystkim z tego, iż zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu

zamówienia. Natomiast przedmiotem zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, jest właśnie system informacji prawnej - horyzontalny, kompleksowy pod względem zawartości merytorycznej, jak i usystematyzowany, w tym zawierający szereg funkcjonalności pozwalających na sprawne poruszanie się przez użytkowników po rozmaitych zbiorach informacji w zakresie różnorodnych dziedzin prawa. Postawienie takiego warunku udziału w postępowaniu jest oczywiście jak najbardziej zrozumiałe w związku z faktem, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na potrzeby jednostek sądownictwa powszechnego. A zatem Zamawiający udzielając zamówienia publicznego musi mieć pewność, iż wybrany wykonawca w sposób należyty zamówienie to zrealizuje.

Podsumowując, Odwołujący twierdził, iż baza danych o prawie oraz system informacji prawnej to dwie różne kategorie produktów, charakteryzujące się znaczącymi odmiennosiami. Wskazanie na używanie produktu „beck-online” w treści przedstawionych referencji nie potwierdza spełniania przez wykonawcę BECK postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, który został określony jako wykonanie co najmniej dwóch zamówień na dostawę oprogramowania z systemem informacji prawnej o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) brutto każde. Przedstawione referencje mogą poświadczać co najwyżej zrealizowanie umów na korzystanie z online’owych produktów wertykalnych, których zawartość ogranicza się jedynie do wybranych gałęzi prawa, nie zawierających horyzontalnej bazy aktów prawnych, orzeczeń i literatury prawniczej.

Odwołujący podnosił, że nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznej wskazaną w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, co w konsekwencji prowadzi do uznania oferty takiego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Jeżeli Zamawiający nie był w stanie dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie samej treści dokumentów przedłożonych w ramach oferty wykonawcy BECK, powinien był wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że z treści referencji wystawionych przez Deutsche Bank AG (str. 176 oferty) nie wynika w sposób jednoznaczny, czy

realizacja umowy, której dotyczą te referencje, została na dzień składania ofert zakończona - użyte w treści ww. dokumentu w nawiasie sformułowanie: „która została w międzyczasie przedłużona”. W przypadku, w którym realizacja ww. umowy nie została na dzień składania ofert zakończona, poświadczenie (referencje) - zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) - powinno być wystawione nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Na referencjach wystawionych przez Deutsche Bank AG widnieje data 18 listopada 2015 r. Powyższa nieścisłość powinna być podstawą wezwania przez Zamawiającego wykonawcy BECK do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, a w przypadku uznania, iż dokument ten nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający powinien był wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia powyższych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

25 sierpnia 2016 r. do Izby, ze strony wykonawcy BECK, wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o odwołania jako niezasadnego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron a także uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W toku rozprawy do Izby wpłynęły następujące dowody:

1. Komentarz do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych „Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz. B. Kołecki, 2016 r.”
2. Wyciąg z pozycji książkowej „Kodeks Pracy. Wybór orzecznictwa” Tomasz Niedziński Łukasz A. Majewski , 2015 r.

3. Wyciąg z pozycji książkowej „Kodeks Karny. Wybór orzecznictwa” Tomasz Sroka, 2014 r.
4. „Porównanie komentarzy do ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych”, zawierające szczegółowe zestawienie komentarzy do pierwszych dwudziestu przepisów ustawy.
5. „Recenzja” z dnia 11 lipca 2016 r. - autorstwa dr hab. Mateusza Pilicha, przygotowana na zamówienie Odwołującego, odpowiadająca na pytanie, czy książka „Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz. B. KołECKI, 2016 r.” spełnia ogólnie przyjęte standardy komentarza prawniczego.
6. Wydruk tzw. „printscreanów” z systemu Legalis wskazujący, że system ten nie zawiera kompletu opublikowanych aktów prawnych w zakresie wymaganych w OPZ dzienników resortowych, Monitora Polskiego oraz aktów prawnych Unii Europejskiej.
7. Zestawienie wytworzone w oparciu o stronę <https://beck-online.beck.de/home>, zawierające elementy systemu Beck- online.
8. Opinia dr hab. G.W. z dnia 24.08.2016 r. przygotowana na zlecenie Wolters Kluwer, dotycząca tego, czy w świetle aktualnych ustaleń nauki prawa niemiecki program „Beck-online” można uznać za „system informacji prawnej”.
9. Opinia dr jur. A.K. z dnia 28.08.2016 r. – tłumacza języka polskiego i niemieckiego - sporządzona na zlecenie Wolters Kluwer, dotycząca kwestii, czy niemieckie pojęcie „Rechtsdatenbank” jest odpowiednikiem pojęcia system informacji prawnej.
10. Wydruk z strony internetowej <https://de.wikipedia.org/wiki/Rechtsinformationssystem>, w który wskazano Listę Systemów Informacji Prawnej w tym system, Beck – online.
11. Katalog systemu Beck- online 2016/2017 wraz z tłumaczeniem z języka niemieckiego na język polski stron od 1 do 5.
12. Pismo z dnia 2 listopada 2015 r. firmy Hogan Lowells International LLP, wraz z tłumaczeniem na język polski, w który podano m. in., „zaświadczamy, że nasza kancelaria Hogan Lowells International LLP jest klientem wydawnictwa Verlag C.H. Beck oHG z siedzibą w Monachium i korzysta z systemu informacji prawnej „Beck-online” (...).

13. Pismo z dnia 18 listopada 2015 r. Deutsche Bank AG, wraz z tłumaczeniem na język polski, w który podano m. in., „zaświadczamy, że nasza kancelaria Hogan Lowells International LLP jest klientem wydawnictwa Verlag C.H. Beck oHG z siedzibą w Monachium i korzysta z systemu informacji prawnej „Beck-online” (...) czas trwania umowy od 1 czerwca 2013 r. do 31 maja 2015 r. (...) Jednocześnie potwierdzamy, że umowa została zrealizowana w sposób prawidłowy”.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała zarzuty w kolejności przedstawionej w treści odwołania. I tak:

I.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BECK, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 2 lutego 2015 r. sygn. akt. KIO 103/15, w który stwierdzono: „ (...) *Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.*

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego)”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp.

Izba ustaliła, że w treści załącznika nr 5 do siwz w tabeli zatytułowanej „Ilościowe wymagania minimalne dla typów: 1,2,3” w trzecim od dołu wierszu Zamawiający zawarł następujące wymagania minimalne:

Do każdej z ustaw, wskazanych w tabeli „Wymagania dodatkowe - Pozacenowe kryteria ofert”, w kolumnie "ZAWARTOŚĆ MERYTORYCZNA - KATEGORIA LITERATURA” w wierszach od nr 34 - 44 (poniżej) Zamawiający wymaga minimum jednego komentarza książkowego w każdym z wierszy. Z powyższego wynika, że Zamawiający wymagał między innymi minimum jednego komentarza książkowego do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych (wiersz nr 44).

Zaś na ostatniej stronie Załącznika nr 5 do siwz – OPZ, w Słowniku pojęć użytych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający zawarł definicję pojęcia komentarz książkowy.

Za „komentarz książkowy” Zamawiający uznaje najaktualniejszą pozycję książkową (pełny tekst komentarza), opublikowaną w wersji papierowej po 1 stycznia 2008 roku, która zawiera całościowe omówienie przepisów danego aktu prawnego, opracowane przez określonego autora lub zespół redakcyjny, nie będącą publikacją zwartą, ani inną publikacją. Zamawiający traktuje kilka tomów jednej pozycji książkowej, a także jej wszystkie wydania historyczne jako jeden komentarz książkowy. Jednocześnie Wykonawca zobowiązując się udostępnić w Systemie Informacji Prawnej określony komentarz książkowy, udostępni wszystkie tomy i wersje historyczne tego komentarza książkowego. Przykład: Kodeks cywilny. Komentarz. Tomy I - IV, pod redakcją Jana Kowalskiego, Wydawnictwo XYZ, rok 2015.

Z ustaleń Izby wynika również, że Zamawiający w treści siwz nie postawił żadnych wymagań, dotyczących standardów jakościowych oferowanych komentarzy.

Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca BECK, jako wymagany przez Zamawiającego komentarz do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, wskazał w wykazie stanowiącym załącznik nr 9.1 do siwz na str. 56 pozycję „Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz. B. Kołecki, 2016 r.”

W rozpoznawanej sprawie istotą sporu jest rozstrzygnięcie kwestii, czy treść oferty wykonawcy BECK spełnia wymagania Zamawiającego, opisane w specyfikacji w zakresie wymogu posiadania minimum jednego komentarza książkowego do ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, z uwzględnieniem definicji „komentarza książkowego”, zawartego w słowniki pojęć ? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

W świetle przytoczonych powyżej postanowień siwz wykonawca ubiegający się o zamówienia zobowiązany był do ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, przedstawić komentarz książkowy, który powinien:

- być najaktualniejszą pozycją książkową (pełny tekst komentarza), opublikowaną w wersji papierowej po 1 stycznia 2008 roku,
- zawierać całościowe omówienie przepisów danego aktu prawnego,
- być opracowany przez określonego autora lub zespół redakcyjny,
- nie być publikacją zwartą, ani inną publikacją.

Izba przeprowadziła analizę pozycji książkowej „Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz” autorstwa B. Koleckiego, wskazanej przez wykonawcę BECK jako komentarz do ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych - pod kątem postanowień specyfikacji opisanych w powyżej i nie dopatrzyła się niezgodności, skutkujących odrzuceniem oferty wykonawcy BECK, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią siwz.

Nie jest sporne między stronami, że powyższa publikacja jest najaktualniejszą pozycją książkową, opublikowaną w wersji papierowej po 1 stycznia 2008 roku, a także, iż jest opracowana przez konkretnego autora oraz że nie jest publikacją zwartą, ani inną publikacją.

Istotą sporu w niniejszej kwestii jest ocena merytorycznej zawartości owej publikacji książkowej. W tej kwestii Izba w podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy zgodnie twierdzili, że Zamawiający nie był władny do oceny merytorycznej oferowanego komentarza.

Izba zwraca uwagę, że w zakresie rozpoznawanego zarzutu kluczowym jest to, że Zamawiający w taki sposób ukształtował postanowienia specyfikacji, że na ich podstawie nie ma żadnej możliwości weryfikacji oferowanych komentarzy książkowych pod względem merytorycznym, ponieważ w treści siwz brak jest jakichkolwiek wymagań w tym zakresie. W związku z tym, jeżeli nawet Izba dostrzegłaby słuszność argumentacji Odwołującego to na podstawie takiej, a nie innej konstrukcji postanowień siwz, nie sposób dokonać oceny zawartości wspomnianego komentarza, stwierdzając jednocześnie niezgodność oferty wykonawcy BECK z treścią specyfikacji, gdyż siwz nie zawiera żadnych wymagań w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią siwz, a tym samym nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp.

Izba uznała, że złożone przez Odwołującego dowody w postaci: „Porównanie komentarzy do ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych”, oraz „Recenzja” z dnia 11 lipca 2016 r. autorstwa dr hab. Mateusza Pilicha nie mają znaczenia dla rozpoznania istoty omawianych zarzutów, gdyż dotyczą oceny merytorycznej komentarza, podczas gdy Izba stanęła na stanowisku, że taka ocena w aspekcie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie powinna mieć miejsca.

Odnosząc się zaś do dowodów złożonych przez Przystępującego w postaci wyciągów z pozycji książkowych, tj. : „Kodeks Pracy. Wybór orzecznictwa” Tomasz Niedziński Łukasz A. Majewski , 2015 r., „Kodeks Karny. Wybór orzecznictwa” Tomasz Sroka, 2014 r. – zaofiarowanych przez Odwołującego Izba wskazuje na ich nieprzydatność, ponieważ dotyczą oferty Odwołującego, w stosunku do której nie zostały sformułowane zarzuty. Wobec tego Izba dokonując oceny omawianych zarzutów pominęła ww. dowody.

2.

Natomiast Izba odniosła się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BECK, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji, gdyż w systemie informacji prawnej Legalis łącznie brakuje 5741 aktów prawnych w stosunku do wymagań postawionych w tym zakresie przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

W ocenie Izby analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, że Wolters Kluwer w treści odwołania w sposób prawidłowy nie sformułował stawianego zarzutu.

Przede wszystkim wskazać należy, że zarzut to określona okoliczność na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się Zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 545/08). Zarzut powinien zostać zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony (w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania Zamawiającego) w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (podobnie: wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1092/09, wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2011 r. o sygn. akt KIO/UZP 1577/1).

Izba wskazuje, że w treści odwołania Wolters Kluwer jedynie w sposób ogólny opisał stan faktyczny wskazując, że w systemie informacji prawnej Legalis łącznie brakuje 5741 aktów prawnych w stosunku do wymagań postawionych w tym zakresie przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący nie sprecyzował jakich konkretnych aktów brakuje w ofercie Przystępującego. Wobec tego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wypełnił ciężącego na nim obowiązku, polegającego na dookreśleniu zarzutu w konkretnym stanie faktycznym. W związku z tym Izba z przyczyn formalnych nie rozpoznała merytorycznie ww. zarzutów.

II.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BECK pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę. Izba uznała zgłoszone zarzuty za niepotwierdzone.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołań dotyczących ceny rażąco niskiej, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
 - 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
 - 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia proponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu

biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: „Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.”

Podkreślić jednak należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona wszczęciem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy.

Wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji, wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, prowadzi po stronie Zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a w następstwie, po stronie wykonawcy, do ich przedstawienia. Dopiero po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, Zamawiający może zdecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uprzednie zastosowanie procedury wyjaśniającej cenę, w ramach której wykonawca będzie miał możliwość wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulacją jego ceny, jest w tym przypadku obligatoryjne i nie może zostać pominięte, na co wskazuje zarówno redakcja przepisu krajowego (art. 90 ust. 1 Pzp), jak też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE (vide: wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88).

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, iż nie zostało wykazane niezbicie, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną rażąco niską.

Izba ustaliła, że wykonawca BECK w złożonej ofercie zaoferował za wykonanie zamówienia kwotę 2 869 388,00 zł brutto podczas, gdy szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 10 726 834,96 zł netto, natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wyniosła 13 969 489,80 zł brutto. Drugi z wykonawców, tj. Odwołujący, złożył ofertę z kwotą 11 069 151,30 zł brutto.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, zasadnym był powstanie po stronie Zamawiającego wątpliwości co do ceny, zawartej w ofercie Przystępującego. W związku z tym, należy wskazać, iż porównanie ceny oferty wykonawcy BECK z ceną oferty wykonawcy Wolters Kluwer, która poza ofertą Przystępującego, była jedyną złożoną w tym postępowaniu, mogło budzić wątpliwości po stronie Zamawiającego, co do tego czy cena zaoferowana przez wykonawcę BECK nie jest ceną rażąco niską.

Zatem za prawidłowe należy uznać działanie Zamawiającego, który w tym przypadku, pismem z dnia 6 czerwca 2016 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W wymaganym terminie wykonawca BECK złożył stosowne wyjaśnienia (pismo z dnia 13 czerwca 2016 r.), w których twierdził, że cena ofertowa została skalkulowana należycie w oparciu o ponoszone przez Przystępującego koszty rzeczywiste. Ponadto wskazano, że cena uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz. Wykonawca BECK twierdził, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rynkową. Na potwierdzenie tych twierdzeń złożył dowody w postaci ofert oraz informacji pochodzących z innych, podobnych postępowań.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający w dniu 17 czerwca 2016 r. wystosował kolejne wezwanie, w którym ponownie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w kwestii występowania w jego ofercie rażąco niskiej ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazywał, że w wyjaśnieniach z dnia 13 czerwca 2016 r., wykonawca BECK zaprezentował ogólną argumentację, dotyczącą okoliczności, mających wpływ na cenę ofertową (w wyjaśnieniach wzięto pod uwagę doświadczenie wykonawcy, niskie koszty stałe i marginalne realizacji zamówienia, sytuację rynkową). Zamawiający w treści wezwania odniósł się również do dowodów, złożonych wraz z wyjaśnieniami z dnia 13 czerwca 2016 r. W treści wezwania Zamawiający zawarł także prośbę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji zaoferowanych cen jednostkowych brutto, dla każdego z pięciu typów produktów, objętych niniejszym postępowaniem.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca BECK w piśmie z dnia 28 czerwca 2016 r. przedstawił uzupełniające wyjaśnienia wraz z wymaganą przez Zamawiającego szczegółową kalkulacją kosztów.

W toku rozprawy Przystępujący wyjaśnił, że w cenie ofertowej ujął koszty serwisu, co znalazło odzwierciedlenie w złożonych wyjaśnieniach na str. 2, gdzie podano, że wykonawca oferuje wsparcie techniczne i finalną obsługę klienta. W ramach tych kosztów zostały ujęte koszty serwisu. Zaś co do kwestii honorariów to wskazał, że stanowią one jedynie dodatkowe koszty w tej konkretnej sprawie i nie należy ich odnosić do ogólnych kosztów honorariów, związanych z pozostałą działalnością wydawnictwa.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy dopuszczalnym, a nawet koniecznym, było wystosowanie do Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp dwóch wezwań, dotyczących wyjaśnień w kontekście możliwości wystąpienia w jego ofercie ceny rażąco niskiej.

Izba zwraca uwagę, że wezwanie wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny, co do reguły jest wezwanie jednokrotnym. Jednak zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jest dopuszczalne w sytuacji, w której wykonawca złożył już wyjaśnienia odpowiadające wymaganiom określonym w art. 90 ust. 1 Pzp, jednakże w dalszym ciągu pozostają jeszcze jakieś kwestie wymagające bardziej szczegółowego wyjaśnienia. Właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie.

Należy zwrócić uwagę, że pierwsze wezwanie Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2016 r. miało charakter ogólny i praktycznie ograniczało się do powielenia treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. W jego treści Zamawiający nie wskazał jakie były powody i okoliczności, które wzbudziły jego wątpliwości co realności zaoferowanej przez wykonawcę BECK ceny. Zatem z treści tak skonstruowanego wezwania nie sposób z całą pewnością wywieść, który z elementów ceny i dlaczego - czy też cena jako całość - budził wątpliwości Zamawiającego.

Wobec tego nie dziwi fakt, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia wykonawcy BECK mają charakter ogólnych. Jednakże przy tym podkreślenia wymaga, że w ich treści Przystępujący wprost twierdził, że

zaoferowana przez niego cena jest ceną rynkową i na tą okoliczność przedstawiał dowody w postaci dokumentacji z innych, podobnych postępowań, w których oferowano ceny na poziomie zbliżonym do ceny zaoferowanej przez Przystępującego w omawianym postępowaniu. Wśród tych wykonawców był wymieniony nie tylko wykonawca BECK ale także wykonawca Wolters Kluwer.

Izba wskazuje, że w związku z tym, ponowne wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wystosowane przez Zamawiającego do Przystępującego w dniu 17 czerwca 2016 r. należy potraktować jako wezwanie, mające na celu szczegółowe wyjaśnienia kwestii, które budziły wątpliwości Zamawiającego. Przede wszystkim jasno o tym świadczy już sama treść wezwania, w którym Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia nie tylko wyjaśnień ale także przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów, zaoferowanych cen jednostkowych brutto, dla każdego z pięciu typów produktów, objętych niniejszym postępowaniem.

Na żądanie Zamawiającego wykonawca BECK w określonym przez Zamawiającego terminie, tj. 28 czerwca 2016 r., złożył już szczegółowe wyjaśnienia wraz z ww. kalkulacją oraz dowodami, mającymi potwierdzić okoliczności opisane w wyjaśnieniach. W treści ww. wyjaśnień wykonawca podzielił koszty na kilka kategorii, w zależności od ich charakteru i opisał szczegółowo każdą z grup kosztów (np. koszty zmienne produktu, koszty stałe itp.), ujętych w kalkulacji.

W omawianej kwestii nie sposób również pominąć wyjaśnień Zamawiającego, który podnosił, że *„przedmiotem niniejszego zamówienia w przeważającym zakresie jest dostęp do posiadanego już przez Wykonawcę, istniejącego, funkcjonującego i na bieżąco rozbudowywanego systemu informacji prawnej. W tym kontekście, koszty dostosowania systemu do indywidualnych potrzeb Zamawiającego można uznać za marginalne a tym samym oferowana cena za realizację zamówienia może być istotnie niższa od szacunkowej wartości zamówienia przyjętej przez Zamawiającego oraz od cen konkurencyjnych ofert”*.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na treść przytoczonego powyżej art. 90 ust. 2 Pzp oraz art. 190 ust. 1a pkt. 1 Pzp, który stanowi, że ciężar dowodu, że oferta

nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną lub uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba uznała wyjaśnienia oraz dowody złożone przez Przystępującego, zarówno w toku rozprawy jak i wcześniej, tj. na etapie odpowiedzi na wezwań do złożenia wyjaśnień - za wiarygodne i wystarczające. Wobec tego mając na uwadze przedstawienie przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, wraz z informacją o uwzględnieniu w kalkulacji, danych wynikających ze sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy oraz okoliczność załączenia ww. sprawozdania do złożonych wyjaśnień uzupełniających, należy stwierdzić, iż Przystępujący w sposób wystarczający udowodnił, iż cena zawarta ofercie, nie jest rażąco niska.

W kontekście powyższego Izba zwraca uwagę, że treść przywołanych powyżej przepisów nie zwalnia Odwołującego z obowiązku przedstawiania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Art. 190 ust. 1 ustawy stanowi, że 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.

Zatem wskazany powyżej przepis bez wątpienia nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie odwoławcze prowadzone przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że 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 (dalej:

„k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem 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 incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W zakresie omawianego zarzutu powyższy obowiązek realizuje się w szczególności, gdy Przystępujący twierdzi, że zaoferowana przez niego cena nie posiada waloru ceny rażąco niskiej i przedstawia na tą okoliczność określone wyjaśnienia i dowody. Wówczas, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp Odwołujący powinien przestawić dowody przeciwne, wskazujące na to, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną nierealną, która nie gwarantuje wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. Jednak w tej sprawie Odwołujący poza wyjaśnieniami natury ogólnej nie przedstawił żadnych dowodów, uzasadniających słuszność własnych racji. Tym samym Izba uznała powyższe stwierdzenia za gołosłowne i nie wystarczające do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp

III.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia oferty BECK z postępowania i zaniechanie czynności uznania oferty złożonej przez wykonawcę BECK za odrzuconą, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BECK do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W zakresie wskazanych powyżej zarzutów Izba na początku odniosła się do kwestii wątpliwości, co do tego, przez jakiego wykonawcę lub wykonawców została złożona oferta Przystępującego.

Zgodzić się należy z Odwołującym, który podnosił, że w treści formularza ofertowego jako wykonawca została wskazana wyłącznie spółka Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o., natomiast z niektórych innych dokumentów składających się na ofertę wynika, że została ona złożona przez konsorcjum: Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. oraz Verlag C.H. Beck oHG.

Po dokonaniu analizy całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie w ocenie Izby nie budzącym wątpliwości jest, iż w ramach rozpoznawanego postępowania oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. oraz Verlag C.H. Beck oHG.

W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, który twierdził, że „wątpliwości Odwołującego, dotyczące podmiotu, który - złożył zwycięską ofertę, są bezpodstawne. Z oświadczeń i dokumentów załączonych oferty traktowanej sensu largo, w sposób oczywisty wynika, iż została ona złożona przez Konsorcjum firm: Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. - Lider oraz Verlag C.H. Beck oHG - Partner. Powyższe znajduje odzwierciedlenie, w szczególności w treści załączonego do oferty Pełnomocnictwa szczególnego z dnia 16.11.2015r., z którego wprost wynika, iż Verlag C.H. Beck oHG ubiega się o udzielenie niniejszego zamówienia wspólnie z Wydawnictwem C.H. Beck Sp. z o.o. , którego ustanawia pełnomocnikiem do reprezentacji Konsorcjum. Ponadto do oferty załączone zostały dwa odrębne oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz o przynależności do grupy kapitałowej, podpisane przez przedstawicieli obu Wykonawców oraz odrębne dokumenty podmiotowe - Odpis z KRS, Zaświadczenie z Urzędu Skarbowego, Zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wraz z odpowiednikami tych dokumentów występującymi w niemieckim porządku prawnym. W świetle powyższego, po dokonaniu czynności badania ofert, Zamawiający nie miał

żadnych wątpliwości, iż podmiotem, który złożył ofertę jest Konsorcjum firm: Wydawnictwo C.H. Beck Sp. z o.o. - Lider oraz Verlag C.H. Beck oHG – Partner”.

W związku z tym Izba nie dopatrzyła się potrzeby zastosowania przez Zamawiającego przepis art. 26 ust. 4 Pzp, który stanowi, że Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyjaśnień lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Wobec powyższego nie może również ostać się zarzut braku potwierdzenia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, oparty o podstawę podmiotową złożonej oferty, gdyż do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia należy zaliczyć doświadczenie wykonawcy Verlag C.H. Beck OhG.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutu, polegającego na tym, że zdaniem Odwołującego, przedmiot dostaw wskazanych w referencjach Deutsche Bank AG, oraz Kancelarii Hogan Lovells International LLP nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu postawionemu przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.2. Rozdziału IV (Warunki udziału w postępowaniu) specyfikacji warunków dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia „zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej dwa zamówienia na dostawę oprogramowania z systemem informacji prawnej o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) brutto każde.”

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawca BECK przedstawił wykaz wykonanych głównych dostaw oraz dwie referencje potwierdzające należyte wykonanie przez Verlag C.H. Beck oHG z siedzibą w Monachium na rzecz:

- 1) Deutsche Bank AG, oraz
- 2) Kancelarii Hogan Lovells International LLP

przedmiotu umowy obejmującego korzystanie z systemu informacji prawnej „beck-online”.

Rozstrzygnięcie powyższe zarzutu wymaga odpowiedzi na następujące pytanie, czy doświadczenie wykonawcy Verlag C.H. Beck oHG, polegające na wykonaniu systemu informacji prawnej „beck-online na rzecz Deutsche Bank AG, oraz Kancelarii Hogan Lovells International LLP może być zaliczone w poczet doświadczenia, spełniającego wymagania Zamawiającego opisane w siwz ? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

W oparciu o dokumentację postępowania oraz dowody złożone przez wykonawcę BECK Izba, że Przystępujący w sposób prawidłowy potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba stwierdziła, że dowody złożone przez Przystępującego potwierdzają w sposób wystarczający, iż systemy realizowane na rzecz Deutsche Bank AG, oraz Kancelarii Hogan Lovells International LLP miały charakter systemów informacji prawnej. Po pierwsze wskazać należy, że oba ww. podmioty w złożonych oświadczeniach wprost potwierdzają, że są klientami wydawnictwa Verlag C.H. Beck oHG z siedzibą w Monachium i korzystają właśnie z systemu informacji prawnej „Beck-online”. Również złożony przez Konsorcjum BECK katalog systemu Beck-online wraz z tłumaczeniem z języka niemieckiego na język polski wskazuje, że system ten posiada cechy charakterystyczne dla systemu informacji prawnej. Nie sposób również pominąć wartości finansowej obu systemów wykonywanych przez wykonawcę Verlag C.H. Beck oHG. Za przekonujące należy uznać także wyjaśnienia Zamawiającego złożone w toku rozprawy, który wskazywał na kwoty, podawane w wykazie i referencjach, tj. 254.458,00 Euro i 398.000,00 Euro i opierając się na nich twierdził, że produkt oferowany za taką kwotę w ww. postępowaniach nie mógł być jedynie produktem, będący bazą danych o prawie.

Odnosząc się do dowodów złożonych w sprawie przez Odwołującego Izba wskazuje, że zgadza się z argumentacją Przystępującego, który twierdził, że zestawienie wytworzone w oparciu o stronę <https://beck-online.beck.de/home>,

dotyczy jedynie jednego modułu systemu, w tym przypadku modułu prawa cywilnego, wobec tego nie może być przydatne jako właściwy dowód w tym postępowaniu, gdy oferowany przez Przystępującego system jest systemem dedykowanym.

Zaś co do dowodów przedłożonych przez Odwołującego w postaci opinii dr hab. G.W. z dnia 24.08.2016 r. oraz opinii dr jur. A.K. z dnia 28.08.2016 r. to podkreślić należy, że zostały one sporządzone zlecenie Odwołującego i mają charakter dokumentu prywatnego. Zaś w toku rozprawy Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniom Przystępującego, który podnosił, że osoby wydające obie opinie są skonfliktowane z Przystępującym. Wobec tego Izba podzieliła obawy Przystępującego, polegające na tym, że istnieje duże prawdopodobieństwo, iż ww. opinie mogą być one zwyczajnie nieobiektywne.

Za nietrafne Izba uznała także stanowisko Odwołującego, który podnosił, że z treści referencji wystawionych przez Deutsche Bank AG (str. 176 oferty) nie wynika w sposób jednoznaczny, czy realizacja umowy, której dotyczą te referencje, została na dzień składania ofert zakończona - użyte w treści ww. dokumentu w nawiasie sformułowanie: „która została w międzyczasie przedłużona”.

W ocenie Izby z treści przedmiotowej referencji wprost wynika, iż ostatnia umowa licencyjna „obejmowała” używanie systemu „przez cały czas trwania umowy od 1 czerwca 2013 roku do 31 maja 2015 roku. Wartość umowy przez cały czas jej trwania wyniosła 254,458. Euro. Jednocześnie potwierdzamy, że umowa została zrealizowana w sposób prawidłowy”. Ponadto, należy wziąć pod uwagę datę wystawienia referencji, tj. 18 listopada 2015 r., przypadającą kilka miesięcy później aniżeli wskazana w treści referencji data zakończenia realizacji umowy.

Wobec tego, w ocenie Izby oczywistym jest, że Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, iż umowa ta została zakończona na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu, tj. 23 maja 2016 r. Zatem brak było podstaw do wystosowania do wykonawcy BECK wezwania do wyjaśnienia czy uzupełnienia w powyższym zakresie, gdyż Zamawiający właściwie uznał, że Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Podsumowując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, oraz naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp,

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

t

.....