

**Sygn. akt: KIO 1161/15**

**WYROK**  
**z dnia 17 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Engave sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Sygnity S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sygnity S.A. w Warszawie** 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „opieka serwisowa posiadanej przez zamawiającego infrastruktury techniczno – systemowej PUE-NPI”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2015 r., nr 2015/S 039-066877.

W dniu 22 maja 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Sygnity S.A. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Engave sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jak również oferty złożonej przez wykonawcę Ensalta sp. z o.o. w Krakowie,
  - 2) zaniechania czynności odtajnienia uzasadnienia wykonawcy Ensalta sp. z o.o. jak również przystępującego co do tego, że wyjaśnienia odpowiednio Ensalta sp. z o.o. oraz Engave sp. z o.o. (przekazane zamawiającemu w wykonaniu jego wystąpienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
  - 3) zaniechania czynności odtajnienia informacji z wyjaśnienia Ensalta sp. z o.o. oraz Engave sp. z o.o. (przekazanych zamawiającemu w wykonaniu jego wystąpienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp),
  - 4) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł w dniu 1 czerwca 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ensalta sp. z o.o. jak również oferty przystępującego, pomimo, że zawierały rażąco niską cenę,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ensalta sp. z o.o. jak również oferty przystępującego pomimo, że wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje w swoich ofertach, mające wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji zaniechanie przez zamawiającego uznania za odrzuconą oferty Ensalta sp. z o.o. jak również oferty przystępującego,

- 3) ewentualnie z ostrożności - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Ensalta sp. z o.o. oraz oferty przystępującego pomimo ich niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: jako: „SIWZ”),
- 4) art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez:
  - a) nieuprawnione utajnienie przez zamawiającego uzasadnienia Ensalta sp. z o.o. jak również przystępującego co do tego, że wyjaśnienia odpowiednio Ensalta sp. z o.o. oraz przystępującego (przekazane zamawiającemu w wykonaniu jego wystąpienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa,
  - b) nieuprawnione utajnienie odpowiednich informacji z wyjaśnienia Ensalta sp. z o.o. oraz przystępującego (przekazanych zamawiającemu w wykonaniu jego wystąpienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 5) art. 90 ust. 1 - 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez uznanie przez zamawiającego wyjaśnień Ensalta sp. z o.o. jak również przystępującego (przekazanych zamawiającemu w wykonaniu jego wystąpienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) za wystarczające i zaniechanie odrzucenia oferty odpowiednio Ensalta sp. z o.o. i przystępującego,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3, 91 ust.1. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) unieważnienia oceny oferty złożonej przez Ensalta sp. z o.o. oraz przez przystępującego,
- 4) wykluczenia wykonawcy Ensalta sp. z o.o. oraz przystępującego oraz odpowiednio uznania oferty Ensalta sp. z o.o. jak również oferty przystępującego za odrzucone,
- 5) ewentualnie z ostrożności - odrzucenia oferty Ensalta sp. z o.o. oraz przystępującego, jako niezgodnych z SIWZ oraz zawierających rażąco niską cenę,
- 6) odtajnienia wszystkich informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego jak również Ensalta sp. z o.o., udzielonych w odpowiedzi na wezwania zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zawartych we wszystkich pismach skierowanych przez przystępującego jak również Ensalta sp. z o.o. do zamawiającego w tym zakresie,
- 7) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący – w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - podniósł, że zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i była to wartość 4 100 000,00 zł brutto. Wskazał, że wykonawcy w postępowaniu zaoferowali realizację zamówienia za następujące ceny:

- a) przystępujący – 2.070.171,72 zł brutto,
- b) wykonawca Ensalta sp. z o.o. – 2.385.081,00 zł brutto,
- c) odwołujący – 3.170.133,00 zł brutto,
- d) wykonawca IT CULTURE sp. z o.o. – 3.470.000,04 zł brutto.

Zdaniem odwołującego porównanie ww. wartości liczbowych wskazuje na to, że ceny oferty brutto przystępującego oraz oferty Ensalta sp. z o.o. rażąco odbiegają od ceny oferty brutto odwołującego (ok. 50%), jak również kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ok. 90%). Według odwołującego są to ceny, które nie pokrywają kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena zawarta w jego ofercie jest jedną z najtańszych dostępnych na rynku, stąd nie jest możliwe złożenie oferty zgodnej z SIWZ w cenie zaproponowanej przez przystępującego czy też Ensalta sp. z o.o., tak żeby była realna oraz aby przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę było dla niego opłacalne. Cena oferty brutto przystępującego oraz cena oferty brutto Ensalta sp. z o.o. jest ceną rażąco niską oraz nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez 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. Według odwołującego, przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę przy takich maksymalnych cenach brutto jakie podały przystępujący jak również Ensalta sp. z o.o. byłoby dla niego nierentowne. Stąd, według odwołującego istnieje ryzyko, że zamówienie zostanie zrealizowane nienależycie lub nie zostanie zrealizowane. Jednocześnie oferta odwołującego nie została wybrana, pomimo prawidłowego skalkulowania jej ceny.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego podania nieprawdziwych informacji odwołujący wywiódł, że stosownie do zapisów Rozdz. II ust. 1 pkt 5 ppkt 4 SIWZ *wykonawca będzie monitorować wszystkie opublikowane modyfikacje oprogramowania wbudowanego sprzętu komputerowego objętego usługą opieki serwisowej. Uaktualnienia te rozwiążą potencjalne problemy, zwiększają możliwości funkcjonalne lub zwiększają wydajność. W ramach tej usługi, Wykonawca zainstaluje uaktualnienia w uzgodnionym z Zamawiającym terminie. Wykonawca zapewni Zamawiającemu bezpośredni dostęp do portalu centrum pomocy*

*technicznej producenta (tj. HP Support Center). zawierającego informacje o dostępnych aktualizacjach oprogramowania wbudowanego (firmware), celem weryfikacji prac Wykonawcy w tym zakresie.*

Odwołujący wywiódł, że przystępujący oraz Ensalta sp. z o.o. na chwilę obecną nie są autoryzowanymi partnerami HP w zakresie świadczenia usług wsparcia serwisowego i tym samym nie mają możliwości zakupu usługi wsparcia serwisowego wymaganego przez zamawiającego i opisanego w ww. postanowieniu SIWZ. Tym samym ani przystępujący ani Ensalta sp. z o.o. nie mając dostępu do portalu HP Support Center, który jest jedynym legalnym kanałem pobrania aktualizacji oprogramowania wbudowanego (firmware) dla każdego urządzenia objętego suportem producenta, tj. nie spełniają warunku, o którym mowa w Rozdz. II ust. 1 pkt 5 ppkt 4 SIWZ, a tym bardziej nie spełniały go w dniu złożenia swoich ofert. Stosownie do załącznika nr 1 do SIWZ, przystępujący oraz Ensalta sp. z o.o. złożyły w pkt I. 2 oraz IV.1 swoich ofert oświadczenie, że:

a) oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w Rozdziale II SIWZ.

b) zapoznali się ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zobowiązują się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych.

Tym samym tak przystępujący jak i Ensalta sp. z o.o. zawarły w swoich ofertach informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego, przystępujący jak również Ensalta sp. z o.o. powinny zostać wykluczone z postępowania a ich oferty powinny zostać uznane za odrzucone. Ewentualnie, z ostrożności, wskazując na niespełnienie przez przystępującego jak również Ensalta Sp. z o.o. warunku, o którym mowa w Rozdz. II. ust. 1 pkt 5 ppkt 4 SIWZ odwołujący podniósł, że w zakresie usługi wsparcia serwisowego wymaganego przez zamawiającego, treść oferty tak przystępującego jak i Ensalta sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ a tym samym ich oferty powinny zostać odrzucone przez zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp odwołujący wywiódł, że brak było podstaw do przyjęcia, że wyjaśnienia odpowiednio Ensalta sp. z o.o. oraz przystępującego (przekazane zamawiającemu w wykonaniu jego wystąpień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) były wystarczające. Według odwołującego wyjaśnienia Ensalta sp. z o.o. oraz przystępującego mogły zmierzać do wykazania, że mogą oni świadczyć usługi wsparcia serwisowego bez udziału HP co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ. Ewentualnie mogły dotyczyć możliwości wykupienia usługi wsparcia serwisowego z zagranicy, co z kolei stanowi nieuprawniony i nielegalny kanał dystrybucji, a co za tym idzie, może skutkować dostarczeniem i zainstalowaniem u zamawiającego nielegalnego oprogramowania, stosownie do oświadczenia Hewlett-Packard Polska sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o odtajnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego jak również Ensalta sp. z o.o., udzielonych w odpowiedzi na wezwania zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zawartych we wszystkich pismach skierowanych przez przystępującego jak również Ensalta sp. z o.o. do zamawiającego w tym zakresie. Z korespondencji w tym zakresie między zamawiającym a przystępującym i zamawiającym a Ensalta sp. z o.o. nie wynika okoliczność wykazania przez przystępującego jak również Ensalta sp. z o.o., żeby utajnione informacje zawarte w ich wyjaśnieniach były tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednocześnie odwołujący wskazał, że brak było podstaw do utajnienia odpowiednich informacji zawartych ww. wyjaśnieniach przystępującego jak również Ensalta sp. z o.o. a ponadto wskazuje, że według niego ww. wyjaśnienia (w świetle naruszeń wskazanych w pkt I-III uzasadnienia) były niewystarczające i w związku z tym oferta przystępującego jak również Ensalta sp. z o.o. powinny zostać odrzucone.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Niezłożenie wyjaśnień bądź złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Lektura wystąpień zamawiającego do Ensalta Sp. z o.o. i przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyjaśnienia w tym zakresie ww. podmiotów nie zawierają w części nieutajnionej uzasadnienia, w którym podmioty te wykazałyby, że zasadnym jest utajnienie odpowiednich informacji w ich wyjaśnieniach. Tym samym według odwołującego należy przyjąć, że wyjaśnienia Ensalta sp. z o.o. i przystępującego nie zawierały wykazania ww. okoliczności, ewentualnie zamawiający bezpodstawnie wykazanie ww. okoliczności utajnił, gdyż co do zasady takie wykazanie nie powinno zawierać „tajemnic”, które powinny być utajnione.

Z ostrożności odwołujący podniósł również, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Ensalta sp. z o.o. i przystępującego nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa i brak było podstaw do ich utajnienia. Wywiódł, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, aby ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu, a który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Engave sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedź zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ z 3 kwietnia 2015 r., ofertę złożoną przez przystępującego, ofertę złożoną przez wykonawcę Ensalta sp. z o.o., wezwania zamawiającego z 15 kwietnia 2015 r. skierowane do przystępującego i wykonawcy Ensalta sp. z o.o. co do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia wykonawcy Ensalta z 20 kwietnia 2015 r., wyjaśnienia przystępującego z 21 kwietnia 2015 r., pismo zamawiającego z 28 kwietnia 2015 r. skierowane do przystępującego o uzupełnienie złożonych wyjaśnień, pismo zamawiającego skierowane do wykonawcy Ensalta sp. z o.o. o wyjaśnienie złożonych wyjaśnień, odpowiedź przystępującego z 29 kwietnia 2015 r. na ww. wezwanie zamawiającego z 28.04.2015 r., odpowiedź wykonawcy Ensalta sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego z 28.04.2015 r., zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 22 maja 2015 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, oświadczenie firmy HP Polska sp. z o.o. z dnia 15.06.2015 r. wraz z pełnomocnictwem oraz informacją z KRS firmy HP, ofertę firmy HP złożoną odwołującemu z dnia 23.03.2015 r., wydruki ze strony internetowej hp.com złożone przez przystępującego na posiedzeniu, wydruk ze strony internetowej dobreprogramy.pl złożony przez zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Engave sp. z o.o. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia

przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu za ofertą przystępującego i wykonawcy Ensalta. Odwołujący domagał się wykluczenia z postępowania obu ww. wykonawców, względnie odrzucenia złożonych przez nich ofert. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania ww. wykonawców, względnie zaniechał odrzucenia złożonych przez nich ofert, prowadziłyby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opieka serwisowa posiadanej przez zamawiającego infrastruktury techniczno-systemowej PUE-NPI. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w rozdziale II, pkt I zamawiający zamieścił listę elementów obejmowanych usługą opieki serwisowej, na której znajdował się następujący sprzęt:

- 1) BladeSystem c7000 Enclosure G2,
- 2) Serwer HP BL465,
- 3) Serwer HP DL320,
- 4) Macierz HP EVA 4400,
- 5) Przełącznik SAN FC StorageWorks 8/40,
- 6) Cisco load balancer ACE 4710,
- 7) Thales nShield Connect 500,
- 8) Oprogramowanie RHEL 6.4,
- 9) Oprogramowanie Windows Serwer 2008 R2,
- 10) Oprogramowanie Postgres Plus Enterprise,
- 11) Oprogramowanie HP Insight Control Encl Bundle 16 E-LTU.

Zamawiający zastrzegł w rozdziale II pkt I.5 SIWZ, że przedmiotem zamówienia są także m.in. usługi prewencyjne w ramach opieki serwisowej. W myśl postanowienia rozdziału II pkt I.5. ppkt 4) jedną z usług prewencyjnych jest „*Analiza uaktualnień oprogramowania*



wbudowanego (firmware)". W ostatecznym opisie tej usługi ustalonym w wyniku modyfikacji SIWZ z 3 kwietnia 2015 r., wskazano co następuje:

*„Wykonawca będzie monitorować wszystkie opublikowane modyfikacje oprogramowania wbudowanego sprzętu komputerowego objętego usługą opieki serwisowej. Uaktualnienia te rozwiązują potencjalne problemy, zwiększają możliwości funkcjonalne lub zwiększają wydajność. W ramach tej usługi, Wykonawca zainstaluje uaktualnienia w uzgodnionym z Zamawiającym terminie. Wykonawca zapewni Zamawiającemu bezpośredni dostęp do portalu centrum pomocy technicznej producenta (tj. HP Support Center), zawierającego informacje o dostępnych aktualizacjach oprogramowania wbudowanego (firmware), celem weryfikacji prac wykonawcy w tym zakresie”.*

Na podstawie pkt 2 protokołu postępowania ustalono, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 3.333.333,33 zł netto. Wartość tę ustalono 13 stycznia 2015 r. na podstawie badania rynku.

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że zamawiający za sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 4.100.000 zł brutto.

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) przystępującego z ceną 2.070.171,72 zł brutto,
- 2) wykonawcy Ensalta sp. z o.o. w Krakowie z ceną 2.385.081,00 zł brutto,
- 3) odwołującego z ceną 3.170.133,00 zł brutto,
- 4) wykonawcy IT Culture sp. z o.o. s.k.a. w Warszawie z ceną 3.470.000,00 zł brutto.

Następnie ustalono, że przystępujący oraz wykonawca Ensalta sp. z o.o. złożyli w pkt I. 2 oraz IV.1 swoich ofert oświadczenia, że:

- a) oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Rozdziale II SIWZ (pkt I.2.),
- b) zapoznali się ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zobowiązują się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych (pkt IV.1.).

(strona 2-3 oferty przystępującego, s. 1-2 oferty wykonawcy Ensalta).

Ustalono także, że zamawiający, pismami z dnia 15 kwietnia 2015 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego i wykonawcę Ensalta sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Ensalta sp. z o.o. złożył wyjaśnienia z dnia 20 kwietnia 2015 r. wraz z załącznikami. Treść tego pisma została

zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. wykonawcy. Wykonawca przedstawił uzasadnienie czynności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ustalono również, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 21 kwietnia 2015 r. wraz z załącznikami. Treść tego pisma została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. wykonawcy. Przystępujący przedstawił uzasadnienie czynności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2015 r. wezwał wykonawcę Ensalta w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści oferty przez wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy załącznikiem nr 1 do wyjaśnień a „listą elementów obejmowanych usługą opieki serwisowej” oraz o przedstawienie kalkulacji dla niektórych pozycji ww. tabeli, których zdaniem zamawiającego brakowało.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 28 kwietnia 2015 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia załączników nr 1, 2, 3, 4, 5, 9 do wyjaśnień z 21 kwietnia 2015 r., gdyż dokumenty okazały się nieczytelne. Ponadto zamawiający wezwał do przedstawienia tłumaczenia wskazanych dokumentów na język polski.

Ustalono, że pismem z dnia 29 kwietnia 2015 r. przystępujący uzupełnił żądane przez zamawiającego dokumenty. Treść tego pisma została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. wykonawcy. Przystępujący przedstawił uzasadnienie czynności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ustalono także, że 4 maja 2015 r. wykonawca Ensalta sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 28 kwietnia 2015 r. przedstawił żądane wyjaśnienia. Treść tego pisma została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. wykonawcy. Wykonawca powołał się na uzasadnienie czynności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdujące się w jego piśmie z 20 kwietnia 2015 r.

Ustalono także, że zamawiający 11 maja 2015 r. poinformował wykonawcę Ensalta sp. z o.o. o odtajnieniu załącznika nr 4 do wyjaśnień z 20 kwietnia 2015 r. oraz załącznika nr 1 do pisma z 4 maja 2015 r.

Na podstawie pisma – rozstrzygnięcia zamawiającego z 22 maja 2015 r. - ustalono także, że 22 maja 2015 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta wykonawcy Ensalta sp. z o. o. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu.

Odwołujący złożył w trakcie posiedzenia wydruk korespondencji mailowej jaką prowadził z panem W. B. z firmy HP Polska sp. z o.o. z 9 kwietnia 2015 r. Złożył również niepodpisany przez nikogo, wydruk oferty nr L6626 1C z 23 marca 2015 r., który został poświadczony za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika odwołującego

r.pr. A. M. . Według oświadczenia odwołującego jest to oferta firmy HP Polska sp. z o.o. skierowana do odwołującego. Na wydruku tym znajduje się cena oferty dla Sygnity, której wysokość odwołujący zastrzegł jako tajemnica swego przedsiębiorstwa. Cena tej oferty jest wyższa od ceny oferty przystępującego.

Odwołujący złożył również oświadczenie z 15 czerwca 2015 r. złożone w imieniu Hewlett – Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie przez Pana W. B. . W piśmie tym złożono następujące oświadczenia, iż:

- a) HP Polska sp. z o.o. nie udzieliła ofert na potrzeby postępowania prowadzonego przez zamawiającego na „Opiekę serwisową posiadanej przez zamawiającego infrastruktury techniczno-systemowej PUE-NPI. - dla poniższych oferentów:
  - Ensalta sp. z o.o., w Krakowie,
  - IT CULTURE sp. z o.o. sp. komandytowo – akcyjna w Warszawie,
- b) wyżej wymienione spółki nie zwróciły się do HP Polska sp. z o.o. w celu pozyskania oferty na wsparcie serwisowe prowadzonego przez zamawiającego ww. przetargu przed terminem składania ofert. Ponadto HP Polska sp. z o.o. nie udzieliła oferty przystępującemu na zakres dotyczący przedmiotowego postępowania.
- c) wszystkie wymienione powyżej firmy nie są autoryzowanymi partnerami HP w zakresie świadczenia usług wsparcia serwisowego. Firma Ensalta oraz przystępujący posiada wyłącznie autoryzację „PPS Business Partner”, która uprawnia do sprzedaży rozwiązań z zakresu „Printing and Personal Systems” (drukarki, notebooki oraz PC wraz z akcesoriami),
- d) oprogramowanie wbudowane firmware oraz patche do oprogramowania HP (HP Insight Control Encl Bundie 16 E-LTU) są chronione prawami autorskimi w związku z tym aktualizacja firmware oraz patch'y do oprogramowania HP Insight Control Encl Bundie 16 E-LTU wymaga posiadania aktywnego wsparcia w HP,
- e) nie ma możliwości zakupu usług wsparcia serwisowego poza jedynym legalnym kanałem dystrybucyjnym jakim jest zakup u autoryzowanych partnerów HP Polska sp. z o.o., zgodnie z ofertą HP Polska sp. z o.o.

Przystępujący złożył na posiedzeniu wydruki ze strony internetowej hp.com, z których wynika, że dostęp do centrum pomocy technicznej HP możliwy jest bez logowania się w przypadku produktu HP ProLiant BL465cG7 Server oraz produktu HP ProLiant DL320 G2 Server.

Zamawiający złożył na rozprawie wydruk ze strony internetowej dobreporogamy.pl z 15 czerwca 2015 r. zawierający artykuł pt: „HP zmienia zasady, aktualizacje firmware tylko z aktualną gwarancją lub wykupionym Care Pack” z 11 lutego 2014 r. z którego wynika m.in.,

że „Użytkownicy popularnych serwerów HP z linii ProLiant, obejmującej zarówno niedrogie komputery dla MŚP jak i potężne, kosztujące kilkadziesiąt tysięcy złotych maszyny korporacyjne, od 19 lutego br. stracą dostęp do aktualizacji firmware'u i service packów, dostępnych do tej pory na stronach HP Support Center, o ile nie będą mieli ważnej gwarancji na swój sprzęt, wykupionej usługi Care Pack albo podpisanej umowy o wsparciu”.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba oddaliła odwołanie, gdyż analiza materiału dowodowego jaki zgromadzono w sprawie nie pozwalała uznać jakoby zamawiający dopuścił się takich naruszeń ustawy Pzp które miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie przystępującego i w ofercie wykonawcy Ensalta sp. z o.o. co do spełnienia wymogu z postanowienia rozdziału II pkt I.5 ppkt 4 SIWZ, względnie niezgodności treści tych ofert z treścią ww. postanowienia SIWZ.

Zamawiający w postanowieniach rozdziału II pkt I.5 ppkt 4 SIWZ zawarł wymóg zgodnie z którym, *Wykonawca będzie monitorować wszystkie opublikowane modyfikacje oprogramowania wbudowanego sprzętu komputerowego objętego usługą opieki serwisowej. W ramach tej usługi, Wykonawca zainstaluje uaktualnienia w uzgodnionym z Zamawiającym terminie. Wykonawca zapewni Zamawiającemu bezpośredni dostęp do portalu centrum pomocy technicznej producenta (tj. HP Support Center). zawierającego informacje o dostępnych aktualizacjach oprogramowania wbudowanego (firmware), celem weryfikacji prac Wykonawcy w tym zakresie.*

Obydwaj wykonawcy istotnie złożyli w swoich ofertach oświadczenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego oraz że zapoznali się ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia i zobowiązują się do stosowania i ścisłego przestrzegania warunków w niej określonych.

Odwołujący w treści odwołania zarzucił, że wykonawcy poprzez złożenie takich oświadczeń w ofertach dopuścili się przedstawienia nieprawdziwych informacji co do spełnienia wymogu rozdziału II pkt I.5 ppkt 4 SIWZ. Podniósł, że przystępujący oraz wykonawca Ensalta sp. z o.o. na chwilę obecną nie są autoryzowanymi partnerami Hewlett Packard Polska sp. z o.o. (HP) w zakresie świadczenia usług wsparcia serwisowego i tym samym nie mają możliwości zakupienia usługi wsparcia serwisowego wymaganego przez zamawiającego i opisanego w ww. postanowieniu w SIWZ. Zarzucił, że ani przystępujący ani Ensalta sp. z o.o. nie mają dostępu do portalu HP Support Center, który jest jedynym

legalnym kanałem pobrania aktualizacji oprogramowania wbudowanego (firmware) dla każdego urządzenia objętego suportem producenta i nie miały go w dniu złożenia swoich ofert.

Zamawiający i przystępujący zaprzeczyli twierdzeniom odwołującego. W tej sytuacji, biorąc pod uwagę postawione zarzuty złożenia nieprawdziwych informacji, względnie niezgodności treści ofert z treścią SIWZ, to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornych okoliczności faktycznych. Powyższe wynikało z ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodu, wynikającej z przepisu art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Stosownie do powołanego przepisu, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tej stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Przypomnienia wymagało również, że postępowanie przed Izba ma charakter kontradyktoryjny. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony obowiązane są wskazywać dowody celem udowodnienia faktów z których wywodzą skutki prawne. W szczególności zaś Izba nie ma obowiązku przeprowadzania dowodów z urzędu. Izba ocenia zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i ocenia czy na jego podstawie można uznać, że sporne fakty zostały wykazane czy też nie.

Zdaniem Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie okazał się wystarczający celem wykazania spornych faktów.

W pierwszej kolejności Izba dokonała analizy wymogu zamawiającego z rozdziału II pkt I.5 ppkt 4 SIWZ. Zgodnie z tym wymogiem, wykonawca miał zapewnić zamawiającemu bezpośredni dostęp do portalu centrum pomocy technicznej producenta (tj. HP Support Center), „celem weryfikacji prac wykonawcy”. Literalna (językowa) analiza tego wymogu prowadziła do wniosku, że istotnie wykonawca miał zapewnić zamawiającemu dostęp do centrum pomocy technicznej HP. Jednakże w tym samym zdaniu zamawiający sprecyzował cel takiego dostępu. Tym celem miała być jedynie weryfikacja prac wykonawcy. Nie ulegało również wątpliwości jakie prace wykonawcy mają być weryfikowane. Prace te zostały wymienione w poprzedzających fragmentach postanowienia. Chodziło o monitorowanie opublikowanych modyfikacji oprogramowania wbudowanego sprzętu komputerowego i instalacja tych uaktualnień w określonym terminie. Zaś zamawiający, jedynie celem zapewnienia sobie kontroli nad należytą realizacją tych właśnie prac, chciał zapewnienia dostępu do portalu, na którym widoczne będą uaktualnienia pojawiające się na bieżąco. Tym samym nawet udowodnienie, że przystępujący i Ensalta sp. z o.o. nie zapewnią uaktualnienia oprogramowania poprzez portal nie świadczyłoby o niezgodności treści ich ofert z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający nie narzucił bowiem wykonawcom takiego sposobu uaktualniania oprogramowania pozostawiając tę kwestię swobodzie wykonawcy. Oczekiwał de facto jedynie możliwości wglądu do portalu celem śledzenia pojawiających się aktualizacji.

Po drugie, zamawiający użył w opisie wymogu czasu przyszłego, wskazując, że wykonawca „zapewni” zamawiającemu dostęp do portalu. Powyższe oznaczało, że zapewnienie dostępu do portalu miało nastąpić w trakcie realizacji zamówienia. Ponadto, zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku wykazania spełnienia wymogu żadnym dokumentem, który miałby być składany wraz z ofertą. Tym samym nawet udowodnienie, że przystępujący i Ensalta sp. z o.o. nie zapewniły dostępu do portalu na moment składania ofert, nie świadczyłoby o niezgodności treści ich ofert z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że obaj wykonawcy nie są autoryzowanymi partnerami HP w zakresie świadczenia usług wsparcia serwisowego i tym samym nie mają możliwości zakupu usługi wsparcia serwisowego wymaganego przez zamawiającego i opisanego w ww. postanowieniu SIWZ.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że obaj wykonawcy nie posiadają statusu autoryzowanego partnera HP, posiadali oni jedynie status HP Business Partner. Zamawiający jednak w żadnym postanowieniu SIWZ nie nałożył na wykonawców takiego obowiązku. Nie znajdowało również oparcia w treści SIWZ stanowisko odwołującego, jakoby wykonawcy mieli obowiązek zakupu usługi wsparcia serwisowego poprzez portal. Jak wyjaśniono wcześniej nic takiego nie wynikało w szczególności z postanowienia rozdziału II pkt 1.5 ppkt 4 SIWZ, na który powoływał się odwołujący.

Jednakże nawet gdyby uznać, że z ww. postanowienia wynikał taki wymóg to i tak zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na stwierdzenie, że brak statusu autoryzowanego partnera HP uniemożliwia możliwość zakupu wsparcia serwisowego HP dla zamawiającego. Z szeregu dowodów, jakie odwołujący zapowiadał w odwołaniu, przeprowadzono tylko dowód z dokumentu – pisemnego oświadczenia Hewlett Packard Polska sp. z o.o. z 15.06.2015 r. W dokumencie tym ww. podmiot oświadczył m.in. że „*nie ma możliwości zakupu usługi wsparcia serwisowego poza jedynym legalnym kanałem dystrybucyjnym jakim jest zakup u autoryzowanych partnerów HP Polska sp. z o.o.*”.

Zamawiający i przystępujący powołali się na dowody przeciwne, to jest wydruki ze strony internetowej firmy HP, stanowiące załączniki do wyjaśnień przystępującego z 29 kwietnia 2015 r. Analiza informacji znajdujących się na stronach internetowych firmy HP prowadziła do wniosku, że co najmniej nie można wykluczyć istnienia innego kanału nabycia usługi wsparcia serwisowego dla urządzeń HP będących w posiadaniu zamawiającego. Jest to tzw. HP Care Pack. Ww. wydruki były konkretne, wynikały z nich nawet indywidualne numery HP Care Pack odnoszące się do konkretnych usług wsparcia dla produktów zamawiającego, a także szczegółowe warunki tych usług, a nawet cena ich nabycia.

Wobec sprzecznych w swej treści dowodów, to jest oświadczenia firmy HP i informacji znajdujących się na stronach internetowych tej firmy Izba dokonała oceny ich

wiarygodności. Wzięto pod uwagę, że powołane wcześniej zdanie z oświadczenia HP Polska z 15.06.2015 r., na którym de facto oparty był zarzut odwołującego, okazało się nieściśle, niejednoznaczne i nieprecyzyjne. Na pytanie przewodniczącego odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że spośród wszystkich urządzeń zamawiającego, które mają być serwisowane, nie można zapewnić sobie dostępu do usług serwisowych HP poprzez kanał HP Care Pack jedynie w odniesieniu do urządzenia macierzy EVA4400 oraz oprogramowania HP Inside Control ENCL Bungle 16E-LTU. Z powyższego należało wyprowadzić a contrario wnioski, że - zdaniem odwołującego - w stosunku do pozostałych urządzeń taka możliwość istnieje. Zatem ogólne zdanie z oświadczenia HP, jakoby w ogóle nie było możliwości zakupu usługi wsparcia serwisowego HP poza jedynym legalnym kanałem dystrybucyjnym jakim jest zakup u autoryzowanych partnerów HP Polska sp. z o.o., okazało się co najmniej nieściśle i nieprecyzyjne. Wzięto również pod uwagę fakt, że analizowane oświadczenie pochodziło od podmiotu zainteresowanego w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego. Dostrzeżenia wymagało, że oświadczenie w imieniu HP zostało podpisane przez Pana W. B., który występował również w charakterze pełnomocnika odwołującego w trakcie rozprawy. Była to również osoba, z którą odwołujący prowadził uzgodnienia opracowując ofertę dla zamawiającego. Powyższe wynikało z treści oferty firmy HP Polska sp. z o.o. z 23 marca 2015 r. złożonej odwołującemu oraz wydruku korespondencji mailowej, jaką prowadził W. B. z odwołującym. Zdaniem Izby powyższe okoliczności wynikające z samej treści oświadczenia HP, jak również genezy jego powstania nakazywały traktować to oświadczenie z daleko idącą ostrożnością.

Reasumując Izba stwierdziła, że odwołujący nie przedstawił rozstrzygającego, wiarygodnego dowodu, który pozwoliłby na jednoznaczne ustalenie kanałów zakupu wsparcia serwisowego HP dla urządzeń zamawiającego. W szczególności nie przedstawiono Izbie takich dowodów, które wykluczałyby HP Care Pack jako drogę pozyskania wsparcia serwisowego dla konkretnych urządzeń zamawiającego (przykładowo regulaminów usługi HP Care Pack, regulaminów określających uprawnienia partnerów HP, innych dokumentów, zeznań świadków, itp.). Tymczasem z dowodów, jakie przystępujący przedstawił zamawiającemu wynikało, że co najmniej takiej możliwości wykluczyć nie można. W konsekwencji, biorąc pod uwagę niedostatki materiału dowodowego, Izba uznała zarzut za niewykazany, a zatem za niezasadny.

Za chybione uznano zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia ofert przystępującego i wykonawcy Ensalta z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz dotyczące nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców w tym zakresie.

Jeżeli chodzi o zarzut rażąco niskiej ceny to odwołujący oparł go w zasadzie na dwóch okolicznościach faktycznych. W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że cena

zawarta w jego ofercie jest jedną z najtańszych dostępnych na rynku. Z powyższego wywiódł, że nie jest możliwe złożenie oferty zgodnej z SIWZ w cenie zaproponowanej przez przystępującego czy też wykonawcy Ensalta sp. z o.o. Celem wykazania swoich twierdzeń powołał się na wydruk korespondencji, jaką sam prowadził drogą poczty elektronicznej z HP w trakcie przygotowywania oferty oraz ofertę HP na zakup usługi wsparcia serwisowego przygotowaną dla odwołującego. Jak wynikało z dowodów przedstawionych Izbie, cena oferty HP dla odwołującego była rzeczywiście wyższa od ceny oferty przystępującego. Jednakże oferta obejmowała zakup usługi wsparcia serwisowego HP w drodze zawarcia umowy wsparcia serwisowego. A zatem dowód przeprowadzony przez odwołującego mógł świadczyć co najwyżej o tym, że cena nabycia usługi wsparcia serwisowego HP drogą jego pozyskania u autoryzowanego przedstawiciela HP może kształtować się na poziomie zbliżonym do poziomu wynikającego z ofert HP. Jednakże – jak Izba stwierdziła przy rozpoznawaniu poprzedniego zarzutu - taka droga zakupu wsparcia może nie być jedynym sposobem pozyskania wsparcia serwisowego HP dla urządzeń zamawiającego. Zaś cena nabycia takiego wsparcia innymi drogami może okazać się korzystniejsza. Powyższe wynikało choćby z cen zakupu usługi wsparcia drogą HP Care Pack, przedstawionych w dowodach, jakie przystępujący złożył zamawiającemu (załączniki do wyjaśnień przystępującego z 29 kwietnia 2015 r.).

W dalszej kolejności odwołujący swój zarzut ceny rażąco niskiej oparł na rozbieżności pomiędzy cenami ofert obu wykonawców, a ceną oferty odwołującego oraz kwotą przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Jak wynikało z protokołu postępowania, istotnie przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 2.070.171,72 zł brutto, zaś wykonawca Ensalta - 2.386.081 zł brutto. Z kolei odwołujący zamierzał zrealizować zamówienie za cenę 3.170.133 zł brutto. Nie było również sporne między stronami, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 4.100.000 zł brutto.

Izba stwierdziła, że – jak to już wielokrotnie wskazywano w jej orzecznictwie - sama rozbieżność cen nie może świadczyć jeszcze o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, bez uprzedniej oceny wyjaśnień składanych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający wszczął procedurę wyjaśniającą wobec cen obu wykonawców, pozyskał wyjaśnienia obu oferentów oraz dowody składane na ich poparcie. Po dokonaniu analizy wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawców Izba stwierdziła, że zamawiający dokonał prawidłowej oceny tych dokumentów i nie naruszył reguł wynikających z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo ocenił, że wykonawca Ensalta sp. z o.o. przedstawił w swych wyjaśnieniach szczegółową kalkulację ceny ofertowej, z



uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny. W szczególności przekonująca okazała się kalkulacja przedstawiona przez wykonawcę na stronie 2 i 3 wyjaśnień z 20 kwietnia 2015 r. wraz z załączonym preliminarzem kosztów. Powyższy preliminarz został doprecyzowany w piśmie z 4 maja 2015 r. Powyższe kalkulacje odnosiły się do wszystkich elementów cenotwórczych, ujawniały założenia, jakie poczynił wykonawca szacując wysokość wynagrodzenia jak również powody takich założeń.

Według Izby zamawiający ocenił także prawidłowo wyjaśnienia oraz dowody, jakie przystępujący przedstawił zamawiającemu w swych pismach z 21 i 29 kwietnia 2015 r. Po dokonaniu szczegółowej analizy powołanych wyjaśnień Izba doszła do przekonania, że wykonawca sprostą obowiązkowi przedstawienia zamawiającemu szczegółowej kalkulacji swej ceny ofertowej. Co istotne, kalkulacja ta została poparta dowodami w odniesieniu do każdego z elementów podlegających wycenie. Dowody te zawierały m.in. oferty podmiotów trzecich obejmujące ceny po jakich można zakupić elementy przedmiotu zamówienia. Powyższe umożliwiło zamawiającemu przeanalizowanie w jaki sposób kalkulowano cenę, jakie założenia poczyniono i że kalkulacja ma charakter rynkowy. Ponadto, wbrew stanowisku odwołującego przedstawionym w odwołaniu, w wyjaśnieniach obu wykonawców nie znajdowały się oświadczenia o chęci świadczenia usługi wsparcia serwisowego bez udziału HP czy też o wykupie usługi wsparcia serwisowego z zagranicy.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na podstawie art. 190 ust 6 ustawy Pzp uznając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. Wzięto pod uwagę, że odwołujący w swym wniosku dowodowym nie sprecyzował o opinię biegłego z jakiej dziedziny chodzi. Nie wiadomo zatem czy miałyby to być biegły z dziedziny księgowości /rachunkowości, z dziedziny informatyki, czy innej. Niezależnie od powyższego stwierdzono, że odwołujący nie skonkretyzował tezy dowodowej. Nie wiadomo zatem jakie konkretnie okoliczności faktyczne miałyby zostać wykazane wnioskowanym dowodem. Stwierdzono, że odwołujący umieścił wniosek dowodowy pod kolejnymi fragmentami odwołania, w których znajdowały się wywody prawne, orzecznictwo Izby jak i okoliczności faktyczne wynikające z innych dowodów (np. ceny ofertowe wynikające z protokołu postępowania), które nie mogły być przedmiotem dowodu z opinii biegłego. Po trzecie, odwołujący nie wykazał, aby ustalenie bliżej niesprecyzowanych okoliczności faktycznych wymagało wiadomości specjalnych z jakiegóż dziedziny.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków na podstawie art. 190 ust 6 ustawy Pzp uznając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie podał w swym wniosku imion ani nazwisk osób, które miałyby zeznawać w charakterze świadków. Po drugie, odwołujący nie skonkretyzował swej tezy dowodowej, zatem nie wiadomo jakie dokładnie okoliczności faktyczne miałyby zostać wykazane wnioskowanym dowodem. Odwołujący, analogicznie jak

w przypadku wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, umieścić wniosek dowodowy pod kolejnym fragmentem odwołania, w których znajdowały się wywody prawne, orzecznictwo Izby, które nie mogły być przedmiotem dowodu z zeznań świadków.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji z wyjaśnień przystępującego i wykonawcy Ensalta sp. z o.o. przekazanych zamawiającemu w wykonaniu wezwania kierowanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie zostało wykazane, aby ww. informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa tych wykonawców.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *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*. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla*

*tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.*

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał wykazując, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że nie potwierdziło się stanowisko odwołującego, jakoby obaj wykonawcy nie przedstawili zamawiającemu uzasadnienia zastrzeżenia swych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie to – w przypadku obu wykonawców - znajdowało się bowiem w treści samych wyjaśnień. Powyższe nie oznaczało jednak samo przez się, że wykonawcy „wykazali” zasadność zastrzeżenia. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby lakoniczne uzasadnienia zastrzeżenia poczynione przez obu wykonawców nie stanowiły dowodu na to, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, obaj wykonawcy obowiązani byli wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba dokonała analizy uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawionych przez wykonawców.

Jeżeli chodzi o pierwszą z ww. przesłanek to przystępujący ogólnie wywodził, że nie chce ujawniać wysokości swej marży handlowej ze względów gospodarczych. Odnosząc się do tego twierdzenia, Izba stwierdziła, że o ile nie można wykluczyć, że pewną wartość gospodarczą mogą posiadać informacje w postaci korespondencji prowadzonej przez danego wykonawcę ze swymi kontrahentami odnoszące się do oferowanych cen, gdyż umożliwiają pozyskanie informacji o marży wykonawcy, to jednak przystępujący nie wykazał zamawiającemu aby w tym konkretnym przypadku taka sytuacja miała miejsce. Złożył

jedynie ogólne oświadczenie, że nie chce ujawniać wysokości swej marży ze względów gospodarczych, nie tylko nie wykazując, ale nawet nie argumentując, dlaczego w tej konkretnej sprawie wysokość nakładanej marży ma tak istotne znaczenie.

Zdaniem Izby mogą posiadać wartość gospodarczą informacje na temat tego, ile wykonawca zamierza płacić swym pracownikom za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wzięto jednak pod uwagę, że przystępujący nie tylko nie wykazał ale nawet nie uzasadnił w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tej informacji dla niego, powodów dla których te stawki nie mogą być ujawnione. Nie wiadomo przykładowo, czy podawane stawki wynagrodzenia odbiegają od standardowych. Nie powołano się w wyjaśnieniach na istnienie praktyki, polegającej na próbach pozyskiwania osób z określonym poziomem wynagrodzenia przez podmioty konkurencyjne.

Jeżeli chodzi o wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę Ensalta sp. z o.o. to zastrzeżono w nich jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje w postaci imion i nazwisk niektórych jego pracowników i ich stanowisk. Próżno było jednak szukać w tych wyjaśnieniach nie tylko dowodów ale i nawet uzasadnienia dla skuteczności takiego zastrzeżenia. W szczególności nie wykazano zamawiającemu, czy rzeczywiście informacje odnośnie danych pracowników na danym rynku mogą mieć, a jeśli tak, to dlaczego jakąś wartość gospodarczą dla tego wykonawcy. Nie wiadomo przykładowo, czy pracownicy ci posiadają jakieś unikatowe kwalifikacje, doświadczenie. Nie powołano się także w wyjaśnieniach na istnienie praktyki, polegającej na próbach pozyskiwania osób z kwalifikacjami odpowiadającym osobom wymienionym w wyjaśnieniach Ensalta przez podmioty konkurencyjne.

Zdaniem Izby obaj wykonawcy nie sprostali również obowiązkowi wykazania drugiej przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, to jest że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawcy poprzestali jedynie na ogólnym stwierdzeniu, że informacje nie zostały ujawnione w ten sposób. Zatem trudno było obronić stanowisko, jakoby zdołali udowodnić tę okoliczność. Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu fakt, że niektóre z załączników do wyjaśnień przystępującego z 21 i 29 kwietnia 2015 r. to wydruki ze stron internetowych. Dostęp do informacji znajdujących się na tych stronach miał zatem praktycznie nieograniczony krąg odbiorców.

Zdaniem Izby, obaj wykonawcy nie udowodnili zamawiającemu, jakie konkretnie działania podjęli celem zachowania poufności tych konkretnych informacji, które przesłali zamawiającemu. Wykonawca Ensalta nie złożył nawet oświadczenia, że podjął jakiegokolwiek działania celem zachowania poufności, nie mówiąc o wykazaniu tego faktu. Z kolei przystępujący oświadczył wprawdzie, że celem zachowania poufności osoby biorące udział w kalkulacji podpisały klauzule poufności. Nie sprecyzowano jednak o jakie osoby chodzi. Fakt ten nie został również wykazany w żaden sposób przez przystępującego. W

szczegółności nie złożono zamawiającemu oświadczeń o podpisaniu owych klauzul czy choćby nie przytoczono treści takiej klauzuli. Nie wiadomo nadto czy u obu wykonawców obowiązują jakiegokolwiek systemy ochrony informacji odnoszące się np. do systemów informatycznych, sposobu obiegu dokumentów, itp.

Zdaniem Izby, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odtajnienia uzasadnienia, jakie obaj wykonawcy przedstawili celem oceny skuteczności zastrzeżenia ich wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstw. Analiza uzasadnień prowadziła do wniosku, że nie zawierały one jakichkolwiek informacji które wypełniałyby dyspozycję definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie okazało się lakoniczne, ogólne i pozbawione jakichkolwiek konkretów, zawierające informacje możliwe do złożenia de facto w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła jednakże, że naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 i ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Odtajnienie i udostępnienie ww. informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa obecnie nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący, pomimo iż nie znał wyjaśnień przystępującego i wykonawcy Ensalta co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i to oparty na nad wyraz szeroko ujętych okolicznościach faktycznych, który Izba – w granicach odwołania - rozpoznała i uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku, zaś ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy Pzp mającego polegać na „zaniechaniu przez zamawiającego czynności uznania oferty przystępującego i wykonawcy Ensalta sp. z o.o. za odrzuconą”. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*. W razie wykluczenia wykonawcy z postępowania jednoetapowego skutek odrzucenia oferty

następuje z mocy prawa, nie jest natomiast wynikiem jakiegokolwiek czynności zamawiającego (w przeciwieństwie do czynności odrzucenia oferty w postępowaniach wieloetapowych – vide art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) (por. wyrok Izby z 13 września 2011 r. sygn. akt KIO 1912/11). Zamawiający nie mógł zatem naruszyć art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez „zaniechanie czynności uznania oferty za odrzuconą”.

Zdaniem Izby, zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przez odwołującego przepisem, *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie ustawy*. Udzielenie zamówienia publicznego następuje z chwilą podpisania umowy w sprawie tego zamówienia. Zamawiający nie zawarł jeszcze umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie mógł naruszyć powoływanego przez odwołującego przepisu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co ze wskazanych względów nie miało miejsce w niniejszej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 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).

**Przewodniczący:** .....