

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 16 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 sierpnia 2017 r. przez **wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa: Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą 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. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Zakup usług serwisowych urządzeń IBM*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 7 czerwca 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 czerwca 2011 r. pod numerem 2017/S 109-219615.

Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 4 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na zaoferowanie przez ww. wykonawcę ceny rażąco niskiej, tj. ceny nie zapewniającej pokrycia kosztów realizacji zamówienia, ewentualnie,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystosowania do ww. wykonawcy uzupełniającego wezwania o wyjaśnienie elementów kalkulacyjnych ceny oferty,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt. 17) w związku z art. 24 ust.4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty z uwagi na podanie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w postępowaniu;
- 5) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach ww. wykonawcy do ceny ofertowej, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;

6) naruszenia art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

7) naruszenie art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu w świetle materializacji obowiązku Zamawiającego do odrzucenia oferty ww. wykonawcy, względnie obowiązku zbadania spełniania przez wykonawcę EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie warunków udziału postępowania w trybie art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- 2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień wykonawcy EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dotyczących ceny ofertowej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ww. wykonawcy, względnie
- 5) nakazanie Zamawiającemu wezwania ww. wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 i 4 do złożenia wyjaśnień względnie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w Rozdziale V pkt. 1.2.3.1 SIWZ;
- 6) nakazanie Zamawiającemu wezwania ww. wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 do złożenia wyjaśnień w zakresie elementu ceny w postaci ceny zakupu wsparcia dla urządzeń IBM w celu uzyskania potwierdzenia realności potencjalnego zakupu wsparcia za cenę określoną przez ww. wykonawcę;
- 7) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 8) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 4 sierpnia 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 7 sierpnia 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Przystępującym EIP”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Zakup usług serwisowych urządzeń IBM”.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

- Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia:

Pkt 1.2.3. posiadania zdolności technicznej lub zawodowej - Zamawiający wymaga na potwierdzenie spełnienia tego warunku aby Wykonawca:

- Ppkt 1.2.3.1. Wykonawca wykaże się doświadczeniem należytego wykonania, w okresie ostatnich 3 (trzech lat) przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie- wykonaniem co najmniej dwóch usług, polegających na wsparciu serwisowym dla serwerów lub macierzy dyskowych o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 PLN każda.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 4/.

- Załącznik nr 1 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – Zamawiający opisał urządzenia objęte serwisem w części 1 i 2 (urządzenia IBM/Lenovo).

/dokumentacja postępowania: Załącznik nr 1 do SIWZ/.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Przystępujący EIP: 777.360,00 zł brutto,

- | | |
|-----------------------------------|-------------------------|
| 2) Odwołujący: | 928.650,00 zł brutto, |
| 3) S&T Services Polska Sp. z o.o. | 1.052.427,82 zł brutto, |
| 4) Decsoft S. A. | 981.417,00 zł brutto. |

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 12 Zestawienie ofert, str. 8/.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. wezwał Przystępującego EIP do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 30 czerwca 2017 r./.

Przystępujący EIP pismem z dnia 5 lipca 2017 r. udzielił Zamawiającemu częściowych wyjaśnień.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia Przystępującego EIP z dnia 5 lipca 2017 r./.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy EIP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 lipca 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (rażąco niskiej ceny) wobec przedstawionej argumentacji należy uznać za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na okoliczność, że Zamawiający wystąpił do Przystępującego o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący – wobec stosownego wezwania – złożył stosowne wyjaśnienia. W ocenie Izby Przystępujący złożył szczegółowe i poparte dowodami wyjaśnienia, tak co do ceny oferty ogółem, jak i w odniesieniu do części składowych, m. in. co do usługi wsparcia hardware i soft - u dystrybucji IBM/Lenovo oraz koszty pracownicze oraz koszty obsługi umowy. Przystępujący wskazał sposób kalkulacji ceny, obejmującej świadczenie usług serwisowych urządzeń IBM oraz Lenovo. Wykonawca na potwierdzenie przeprowadzonej kalkulacji złożył dowody w postaci stosownych ofert dystrybutorów obejmujących zakresem wymagany sprzęt. Wykonawca jednocześnie zastrzegł niniejsze wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę.

W ocenie Izby – nie mogąc odnieść się w sposób szczegółowy do złożonych wyjaśnień, ze względu na zastrzeżenie ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa – złożone dowody/oferty dystrybutorów niewątpliwie potwierdzają przedstawioną kalkulację.

Izba – na marginesie – odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów uznała, że wykonawca nie znając złożonych wyjaśnień – poprzez przyjęte przez siebie założenia – próbował podważyć złożoną przez Przystępującego ofertę. W ocenie Izby – wobec złożonych przez Przystępującego wyjaśnień – nie istniały podstawy, aby zakwestionować przedstawioną przez Przystępującego kalkulację, w szczególności wobec złożonych przez Przystępującego dowodów. Skoro zatem Przystępujący złożył stosowną kalkulację wraz dowodami potwierdzającymi realność zaoferowanej ceny, zatem trudno nie zgodzić się z Zamawiającym co do uznania owej kalkulacji oraz złożonych wyjaśnień. Odwołujący kalkulował ofertę na podstawie własnych doświadczeń, nie biorąc pod uwagę okoliczności, że Przystępujący mógł otrzymać korzystniejszą ofertę.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów – w tym w szczególności korespondencji prowadzonej z IBM – zgodzić należało się z Zamawiającym, że przedstawiona na rozprawie korespondencja nie jest tak kategoryczna w swej treści jak wywodzi powyższe Odwołujący. W konsekwencji – wobec złożonych wyjaśnień oraz złożonych ofert – nie można zgodzić się z Odwołującym, że w tym stanie faktycznym oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że oferta złożona przez Przystępującego jest ofertą częściową, nieobejmującą pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Wobec niepotwierdzenia się niniejszych zarzutów również zarzut złożenia nieprawdziwych informacji – na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 17 ustawy Pzp jest niezasadny. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę oraz jako niezgodna z treścią SIWZ.

Izba nie zgodziła się również z Odwołującym co do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby nie zaistniały podstawy do odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Izba zwróciła uwagę, że również inni wykonawcy w niniejszym postępowaniu zastrzegli złożone przez siebie wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby niewątpliwie zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, że

informacje przez niego przedstawione (oraz złożone dowody) zasługują na ochronę. Wobec powyższego Izba zgodził się z Zamawiającym, że nie istniały podstawy do odtajnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień.

Izba nie zgodził się również z Odwołującym co do zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, t.j. wykazania w okresie ostatnich trzech lat – wykonania co najmniej dwóch usług polegających na wsparciu serwisowym dla serwerów lub macierzy dyskowych o wartości nie mniejszej niż 200 tys. zł. Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do wyjaśniania niniejszych okoliczności. Ze złożonego wykazu w ocenie Izby (w dacie wykonania) wskazano zakres czasowy – ogólnie wykonanie całej usługi w określonym czasie, zaś referencje potwierdzają wykonanie usługi – jako całości – w tym też wsparcie serwisowe – na którym zależało Zamawiającemu (w postawionym warunku udziału). Przystępujący w wykazie wskazał konkretną wartość wsparcia i zakres czasowy, w jakim okresie usługa ta była świadczona, a referencja uszczegóławia niniejsze informacje. Poza tym złożona referencja odnosi się do całości świadczonej usługi, nie tylko wsparcia – co jest dopuszczalne. Po drugie, co do drugiego zamówienia, zakres czasowy wskazany w referencji (od sierpnia do października 2015 r.) mieści się w zakresie czasowym wskazanym w wykazie, zatem trudno przyjąć w tym stanie faktycznym, że występują wątpliwości, które byłyby podstawą do wzywania o wyjaśnienia. Wobec powyższego również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....