

Sygn. akt: KIO 1702/17

**WYROK**  
**z dnia 29 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę: **ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Główna Policji Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Qumak S.A., Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**
  - a) **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,**
  - b) **powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
    - **wezwanie wykonawcy Qumak S.A., do złożenia szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów potwierdzających koszty realizacji zamówienia przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 6 lipca 2017 r. i przyjęte przez wykonawcę do kalkulacji ceny oferty.**
  
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Komenda Główna Policji Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa, i:**
  - 1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego **Komenda Główna Policji Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa** na rzecz wykonawcy **ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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**.

.....

### **Uzasadnienie**

Komenda Główna Policji Biura Finansów w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: *„Modernizacja centralnych systemów informatycznych Policji z wykorzystaniem nowych technologii serwerowych, macierzowych, aplikacyjnych - zakup serwerów przestrzeni dyskowych i stacji zarządzających”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2017 r., pod numerem 2017/S 092- 181444.

W dniu 4 sierpnia 2017 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawcę Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie. Oferta złożona przez wykonawcę ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Wykonawca ENIGMA Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec powyższej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Qumak S.A. mimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji również art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Qumak S.A., mimo że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca Qumak nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp, ewentualnie

- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Qumak S.A. do uzupełnienia formularza asortymentowego w zakresie licencji dotyczącej zaoferowanych półek dyskowych do macierzy HP MSA 2040;

2. art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień wraz z ewentualnymi załącznikami złożonych przez Qumak S.A. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 czerwca 2017 r., tj. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztu, mimo iż zastrzeżona odpowiedź nie spełnia przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca Qumak S.A. nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z

naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
3. ujawnienie zastrzeżonych przez Qumak S.A. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z ewentualnymi załącznikami - w zakresie, w jakim nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa;
4. odrzucenia oferty złożonej przez Qumak S.A.;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Qumak, Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Ponadto, zaniechanie ujawnienia treści udzielonych przez Qumak wyjaśnień rażąco niskiej ceny utrudnia Odwołującemu ocenę prawidłowości późniejszych czynności Zamawiającego, w szczególności - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Pozbawienie Odwołującego możliwości zapoznania się z treścią udzielonych przez Qumak wyjaśnień naraża go, zatem na szkodę, poprzez pozbawienie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

#### **I. Niezgodność oferty Qumak z treścią SIWZ oraz rażąco niska cena.**

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli do złożenia formularza asortymentowego sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Formularz podzielony jest na dwie części - pierwsza z nich to miejsce na wpisanie producenta, typu i modelu oferowanych półek dyskowych do macierzy. Druga części to tabela, w której należało wskazać wyposażenie oferowanych półek dyskowych do macierzy. Tabela podzielona jest na dwie kolumny, pierwsza z nich zawiera określenie wymaganych przez Zamawiającego parametrów wyposażenia, druga kolumna zgodnie z opisem jest wypełniana przez wykonawcę i należy w niej wpisać parametry oferowanego przedmiotu zamówienia.

W formularzu asortymentowym w miejscu, w którym wykonawcy zobowiązani byli podać producenta, typ i model oferowanych półek dyskowych, Qumak S.A. podał następujące dane: „HP, MSA2040, K2R81A”. Sposób zapisu tych danych (oddzielenie poszczególnych danych przecinkami) wskazuje, że podany przez Qumak S.A. model oferowanych półek dyskowych stanowi *part number* obudowy macierzy. Produkt zaoferowany to sama obudowa (bez zasilaczy, kontrolerów i innych niezbędnych elementów składowych), która nawet po wyposażeniu w elementy wskazane w tabeli nie stanowi produktu, który zamierzał uzyskać Zamawiający w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia,

tj. rozwiązania umożliwiającego rozbudowanie posiadanego przez Zamawiającego urządzenia. Z żadnego innego miejsca oferty Qumak nie wynika, że wykonawca uwzględnił w ofercie elementy niezbędne do przekształcenia obudowy w macierz (brak np. informacji o ewentualnych kontrolerach, sterownikach). W celu spełnienia wymagań Zamawiającego koniecznym było *de facto* zaoferowanie macierzy (obudowa wraz z elementami towarzyszącymi - kontrolery, zasilanie, sterowniki) wyposażonej w konkretne elementy składowe wskazane w tabeli formularza. Zaoferowanie obudowy zamiast macierzy stanowi zatem niezgodność oferty z treścią SIWZ, polegającą na zaoferowaniu przedmiotu, który nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a występująca pomiędzy nimi rozbieżność ma istotne znaczenie dla zakresu świadczenia wykonawcy.

Ponadto, analiza przedstawionego przez Qumak S.A. formularza asortymentowego dotyczącego dostawy 2 półek dyskowych do macierzy HP MSA 2040 lub równoważnych prowadzi do wniosku, że nie wiadomo jaka licencja jest przedmiotem oferty tego wykonawcy, a w konsekwencji do wniosku, że treść oferty złożonej przez Qumak S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Za określenie zaoferowanej licencji (wskazania jej parametrów) nie sposób uznać przepisania podanego przez Zamawiającego sformułowania „*licencja remote copy*”. Prawidłowe określenie parametrów oferowanej licencji powinno nastąpić poprzez podanie jej oznaczenia tj. nazwy lub symbolu producenta. Tylko bowiem takie określenie umożliwia Zamawiającemu pozyskanie wiedzy o parametrach - warunkach licencji, a przede wszystkim o tym, czy zaoferowana licencja jest kompatybilna z posiadanymi przez Zamawiającego rozwiązaniami. Samo sformułowanie licencja *remote copy* nie pozwala na zidentyfikowanie zaoferowanej licencji, gdyż takie sformułowanie pojawia się w ofercie kilku producentów, w tym m.in. HP i IBM. Złożenie oferty z nieskonkretyzowanym przedmiotem świadczenia, uniemożliwia jej merytoryczną ocenę, a w konsekwencji także wybór (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 2014-09-04, KIO 1748/14, KIO 1752/14).

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa posiadanych przez Zamawiającego rozwiązań HP, prawidłowe określenie parametrów, a w efekcie samej licencji, ma istotne znaczenie, gdyż dostarczenie w ramach realizacji przedmiotu zamówienia licencji *remote copy* IBM, czyli licencji, która stanowi licencję *remote copy*, ale nie jest kompatybilna z posiadaną przez Zamawiającego macierzą HP MSA 2040, do której producent HP zaleca stosowanie licencji HPE MSA Advanced Data Services E-LTtl, może doprowadzić do utraty gwarancji producenta na posiadane przez Zamawiającego rozwiązanie.

Fakt, że wykonawca Qumak S.A. nie zaoferował licencji *remote copy* kompatybilnej z posiadanymi przez Zamawiającego rozwiązaniami, prowadzi do wniosku, że złożona oferta jest nie tylko sprzeczna z treścią SIWZ, ale również zawiera rażąco niską cenę, gdyż wykonawca nie przewidział kosztów jej zakupu, co oznacza, że nie jest możliwe

zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną przez niego cenę (nieuwzględniającą wszystkich niezbędnych elementów - licencji).

Okoliczność, że formularz asortymentowy został wskazany w SIWZ jako dokument na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, a zatem dokument przedmiotowy podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie oznacza, że w okolicznościach niniejszej sprawy celowym jest nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu lub do złożenia wyjaśnień. Zaoferowanie obudowy zamiast macierzy oraz brak określenia w ofercie parametrów licencji nie może być konwalidowany w toku postępowania.

Formularz asortymentowy faktycznie zawiera określenie, jakie elementy zostaną Zamawiającemu dostarczone, a zatem zawiera informacje stanowiące treść oferty (zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia określonych produktów - obrazuje zakres świadczenia wykonawcy). Ze względu na ograniczenia przewidziane w art. 87 ust. 1 Pzp, uzupełnienie dokumentów przedmiotowych, czy też złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty nie może prowadzić do zmian w treści oferty, w tym do jej uzupełnienia. Ponieważ w przypadku oferty Qumak S.A. uzupełnienie formularza asortymentowego w zakresie licencji sprowadzałoby się *de facto* do uzupełnienia treści oferty, to na gruncie niniejszej sprawy za niecelowe należy uznać skorzystanie z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Przy czym zarzut naruszenia dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp został postawiony jako zarzut ewentualny.

## **II. Zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa.**

W dniu 10 sierpnia 2017 r. Zamawiający umożliwił Odwoływającemu wgląd do protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym do korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami po upływie terminu składania ofert. Zamawiający udostępnił Odwoływającemu m.in. treść wezwania z dnia 30 czerwca 2017 r. skierowanego do Qumak S.A. w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zamawiający wezwał Qumak do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pomimo, iż nie zaktualizował się obowiązek wezwania z art. 90 ust. 1a Pzp. Odwoływającemu nie została jednak udostępniona treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi na ww. wezwanie oraz ewentualne załączniki do niej.

Odwoływający kwestionuje zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, że dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę

zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na ocenie złożonych wyjaśnień, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji.

W sytuacji, w której wykonawca zastrzega jawność całej treści uzasadnienia, konieczne jest wykazanie, że cała treść wyjaśnień spełnia wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, że w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.

Brak natomiast przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa lub też dołączenie uzasadnienia niewykazującego zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, powinien skutkować ujawnieniem informacji, ze względu na niedopełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał także, że zastrzeżenie jawności nie może być skuteczne w zakresie, w jakim dotyczy kwestii ogólnych, zwyczajowo przedstawianych przez wykonawców w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, takich jak np. porównanie cen złożonych oferty, odniesienie do treści wezwania czy też przytoczenie stanowisk doktryny i orzecznictwa. Nie sposób też uznać za zasadne zastrzeżenia informacji o charakterze uniwersalnym - właściwym wszystkim podmiotom działającym na określonym rynku. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający odtajnił treść wyjaśnień oraz załączniki złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 1 a Pzp przez wykonawcę Egida IT Solutions sp. z o.o.

Zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu treści zastrzeżonych przez Qumak S.A. informacji stanowi naruszenie art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

### **III. Zarzut rażąco niskiej ceny.**

Odwołujący wyjaśnił, że charakter postawianego zarzutu rażąco niskiej ceny zaofiarowanej przez Qumak S.A. oraz fakt, że nie zostały mu udostępnione złożone przez

wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, powodują, że Odwołujący zmuszony był podnieść przedmiotowy zarzut w oparciu o stan faktyczny, co do którego nie ma pełnej wiedzy.

Zamawiający wezwał Qumak S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo iż nie zaktualizowały się określone w art 90 ust. 1a Pzp przesłanki obligujące Zamawiającego do skierowania takiego wezwania. Tym samym można przypuszczać, że powodem wezwania było powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przez Qumak S.A. przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymianami określonymi przez niego w SIWZ.

W przypadku skierowania do wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień. Na Qumak S.A. spoczywało zatem wykazanie, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, iż zachodzą po stronie tego wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiły tak istotne, w stosunku do poziomu rynkowego, zniżenie ceny oferty. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

Obowiązkiem Zamawiającego natomiast była prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień, tj. z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Zważywszy na szczególny charakter przedmiotu zamówienia oraz praktykę zamówień publicznych (por. np. potwierdzone ostatnio wyrokiem Sądu Okręgowego orzeczenie Krajowe Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 2185/14), wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez Qumak ma charakter rażąco niski - co wynika przede wszystkim z faktu, że wykonawca ten nie uwzględnił wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia (kosztów licencji). Poziom zaoferowanej ceny jest zbyt niski, aby zapewnić pokrycie kosztów obiektywnie koniecznych do poniesienia w przypadku przedmiotowego zamówienia.



Wykonawca Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający na rozprawie złożył oświadczenie do protokołu, że uwzględnia zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień wraz z ewentualnymi załącznikami złożonych przez Qumak S.A. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 czerwca 2017 r., tj. wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny lub kosztu z dnia 6 lipca 2017 r. za wyjątkiem kalkulacji ceny oferty zawartej na stronie trzeciej wyjaśnień. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

Przystępujący Qumak S.A. podzielił stanowisko Zamawiającego co do zasadności odtajnienia treści wyjaśnień Qumak S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 6 lipca 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Qumak S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, z zastrzeżeniem okoliczności, że Zamawiający na posiedzeniu uwzględnił zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 -3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień wraz z ewentualnymi załącznikami złożonych przez Qumak S.A. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 czerwca 2017 r., a wykonawca Qumak S.A. nie zgłosił sprzeciwu wobec tego uwzględnienia. Odwołanie zostało rozpoznane zatem w zakresie pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp., jedynie w przypadku jeśli przystępujący po stronie zamawiającego wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w części uwzględnione zarzuty podlegają rozpoznaniu na rozprawie. Ponadto, za akceptacją

Zamawiającego oraz Przystępującego - wykonawcy Qumak S.A., na podstawie § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.) Izba udostępniła Odwołującemu kopię ww. dokumentu z dnia 6 lipca 2017 r. z wyłączeniem kalkulacji ceny oferty przedstawionej na stronie trzeciej tego pisma.

#### **I. Zarzut niezgodności treści oferty Qumak S.A. z treścią SIWZ.**

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Qumak S.A., której treść nie odpowiada treści SIWZ, ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia formularza asortymentowego w zakresie licencji dotyczącej zaoferowanych półek dyskowych do macierzy HP MSA 2040.

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia formularza asortymentowego sporządzonego zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. W ww. formularzu należało podać nazwę producenta, typ i model oferowanych półek dyskowych do macierzy HP MSA 2040 lub równoważnych oraz potwierdzić w tabeli poniżej wyposażenie oferowanych półek dyskowych do macierzy w zakresie wymagań opisanych przez Zamawiającego w kolumnie pierwszej tej tabeli, tj. wpisać parametry oferowanego przedmiotu zamówienia. Wymagania wobec tego elementu przedmiotu zamówienia zostały także opisane w załączniku nr 6 do SIWZ Opis Przedmiotu zamówienia w wierszu drugim tabeli.

W ww. formularzu asortymentowym wykonawca Qumak S.A. podał dane: „HP, MSA2040, K2R81A” dotyczące oferowanych półek dyskowych do macierzy HP MSA 2040 oraz potwierdził wyposażenie oferowanych urządzeń, zgodnie z wymogami Zamawiającego, powtarzając dokładnie treść wymagań z kolumny pierwszej tabeli.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że podany przez Qumak model oferowanych półek dyskowych stanowi *part number* obudowy macierzy (bez zasilaczy, kontrolerów i innych niezbędnych elementów składowych), która nawet po wyposażeniu w elementy wskazane w tabeli nie stanowi produktu, który zamierzał uzyskać Zamawiający w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia, tj. rozwiązania umożliwiającego rozbudowanie posiadanego przez Zamawiającego urządzenia. Odwołujący nie przeprowadził jednak w toku rozprawy żadnego dowodu na potwierdzenie powyższych twierdzeń. Odwołujący nie wykazał także, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis półek dyskowych do macierzy, jako urządzeń zawierających dodatkowe elementy wyposażenia, ponad te które zostały opisane przez Zamawiającego w tabeli formularza, jako wymagane wyposażenie półek.

Biorąc pod uwagę, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ opiera o się na niespełnieniu wymagań zawartych w SIWZ, w celu wykazania zasadności zarzutu

niezgodności w pierwszej kolejności należy wykazać, że określone wymagania są rzeczywiście w SIWZ zawarte. Ten fakt musi wynikać jednoznacznie z treści SIWZ. Brak wykazania, że określone wymaganie zostało sformułowane w SIWZ wyklucza możliwość podnoszenia zarzutu, że oferowany przedmiot zamówienia danego wymagania nie spełnia. Powyższa okoliczność nie została przez Odwołującego wykazana. Odwołujący nie wykazał również, że z samego pojęcia „półki dyskowej do macierzy” wynika fakt, że jest to urządzenie wyposażone w ściśle określone elementy, bez których nie można uznać, że jest to półka dyskowa. Odwołujący nie wykazał, że „w celu spełnienia wymagań Zamawiającego koniecznym było *de facto* zaoferowanie macierzy (obudowa wraz z elementami towarzyszącymi - kontrolery, zasilanie, sterowniki) wyposażonej w konkretne elementy składowe wskazane w tabeli formularza.” Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że posiada macierz HP MSA 2040, a potrzebuje jedynie urządzenia do jej rozbudowy. Wskazywał przy tym na zamienne stosowanie pojęcia „półka dyskowa” i pojęcia „obudowa”. Nie jest zatem słuszne twierdzenie Odwołującego, że należało zaoferować macierz.

W ustalonym stanie faktycznym nie sposób zatem stwierdzić, że wykonawca Qumak S.A. oferując model półki z oznaczeniem K2R81A zaoferował przedmiot nieodpowiadający wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Nie potwierdził się także zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Qumak S.A. z wymaganiem dotyczącym wyposażenia półek dyskowych do macierzy HP MSA 2040 w licencje „*licencja remote copy*”. W świetle wymagań SIWZ, w zakresie oferowanych urządzeń (wyposażenia półek dyskowych) należało podać parametry oferowanych elementów wyposażenia w odniesieniu do parametrów opisanych przez Zamawiającego. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wymagał podania w tym zakresie „nazwy lub symbolu producenta”. W tych okolicznościach potwierdzenie przez wykonawcę wymaganego parametru „*licencja remote copy*”, potwierdzającego wyganą funkcjonalność licencji jest wystarczającą informacją odnośnie spełnienia wymagania przez oferowaną licencję.

W świetle wymagań SIWZ Zamawiający nie wymagał określenia w ofercie oraz zidentyfikowania oferowanej przez wykonawców licencji z nazwy lub symbolu producenta.

Formularz asortymentowy w niniejszym postępowaniu zawiera określenie oferowanego przedmiotu zamówienia, a zatem zawiera informacje stanowiące treść oferty (zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia określonych produktów - obrazuje zakres świadczenia wykonawcy) i z tego względu nie może podlegać uzupełnieniu, gdyż stanowiłoby to zmianę treści oferty. Niezależnie od powyższego, skoro Izba nie stwierdziła niezgodności treści tego formularza oferty Qumak S.A. z treścią SIWZ, to nie ma podstaw zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Qumak S.A. do uzupełnienia tego formularza.

## **II. Zarzut rażąco niskiej ceny.**

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 i ust. 2 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień złożonych przez Qumak S.A., w celu wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 30 czerwca 2017 r. wezwał Qumak S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp w sytuacji, gdy nie zaktualizowały się określone w art 90 ust. 1a Pzp przesłanki obligujące Zamawiającego do skierowania takiego wezwania. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że cena oferty Qumak S.A. jest niższa o ok. 29% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, a wezwanie zostało wystosowane jedynie z ostrożności.

Działanie Zamawiającego podjęte z ostrożności wskazuje jednak, że powziął on pewne wątpliwości co do możliwości wykonania przez Qumak S.A. przedmiotu zamówienia zgodnie z wymianami określonymi w SIWZ. Jednocześnie należy zauważyć, że skierowanie wezwania „z ostrożności” nie oznacza, że wystarczające jest złożenie wyjaśnień wyłącznie pro forma, ogólnych i nie zawierających dowodów potwierdzających szczególne okoliczności dostępne temu wykonawcy pozwalające na obniżenie ceny oferty poniżej poziomu rynkowego.

Zastosowanie zatem trybu wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp oznacza, że Zamawiający powziął wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a wszczęcie wskazanej procedury niesie ze sobą istotne konsekwencje, w postaci obowiązku wszechstronnego wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty oraz wykazania, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, że cena oferty nie jest rażąco niska, a tym samym gwarantuje prawidłową realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie zamawiający zawsze w takim przypadku ma obowiązek dokonać rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, nie może tym samym uznać, że wystarczające są jakiegokolwiek wyjaśnienia ogólne, nie poparte dowodami.

W przypadku skierowania do wykonawcy wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wykonawca Qumak S.A. miał zatem obowiązek wykazania, że zaoferowana cena ma charakter realny, uwzględnia wszystkie koszty, które wykonawca musi ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz, że w przypadku tego wykonawcy zachodzą jakieś szczególne, a zarazem obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty w porównaniu do poziomu rynkowego. Wykonawca miał obowiązek złożyć szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia oraz powinien był przedstawić dowody na potwierdzenie wskazywanych okoliczności, stosownie do treści wezwania. Przedstawiona kalkulacja kosztów powinna uwzględniać konkretne elementy mające wpływ na wysokość

zaoferowanej ceny. Wskazywana wysokość ponoszonych przez wykonawcę kosztów powinna być poparta odpowiednimi dowodami dołączonymi do wyjaśnień.

Wyjaśnienia złożone przez Qumak S.A. pismem z dnia 6 lipca 2017 r. (które zostało w części odtajnione przez Zamawiającego i udostępnione przez Izbę Odwoławczemu na posiedzeniu) zawierają informacje bardzo ogólne, w zakresie sposobu pozyskania sprzętu są wewnętrznie niespójne – wykonawca wyjaśnił z jednej strony, że pozyska sprzęt od dystrybutorów, a w innym miejscu – od dostawców usług. Przedstawiona kalkulacja – to oświadczenie wykonawcy co do kosztów zakupu sprzętu, wykonawca nie załączył żadnych dowodów (np. oferty, cenniki, umowy o współpracy, rabaty itp.) na okoliczność, że rzeczywiście może pozyskać dostarczany sprzęt na określonym poziomie kosztów.

W ocenie Izby, Zamawiający bezpodstawnie uznał złożone wyjaśnienia za wyczerpujące. Sygnalizacja określonych czynników umożliwiających obniżenie ceny oferty poniżej poziomu rynkowego przedstawiona w wyjaśnieniach przez Qumak S.A. wymaga z pewnością uszczegółowienia, skonkretyzowania oraz przede wszystkim udowodnienia. Zamawiający nie może odstąpić od prawidłowej i wszechstronnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, bazując jedynie na własnej subiektywnej ocenie twierdzeń wykonawcy. Wyjaśnienia muszą przedstawiać konkretne i obiektywne (mieralne) czynniki wpływające na cenę oferty.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że Zamawiający przedwcześnie uznał złożone przez Qumak S.A. wyjaśnienia za pełne i przekonujące, a wobec tego nakazała Zamawiającemu dodatkowe wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień uszczegóławiających przedstawioną kalkulację i przedstawienia stosownych dowodów na poparcie twierdzeń wykonawcy zawartych w wyjaśnieniach z dnia 6 lipca 2017 r.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwoławczego, że cena zaoferowana przez Qumak S.A. wskazuje na to, iż ma ona charakter rażąco niski, gdyż wykonawca nie uwzględnił wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia (kosztów licencji). Odwoławczy nie przedstawił dowodów, że wykonawca Qumak S.A. nie przewidział kosztów zakupu odpowiedniej licencji HP do półek dyskowych do macierzy HP MSA 2040.

Biorąc pod uwagę okoliczności tej sprawy, w tym potwierdzenie się zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych przez wykonawcę Qumak S.A. wyjaśnień z dnia 6 lipca 2017 r., Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

.....