

Sygn. akt: KIO 2629/17

WYROK
z dnia 2 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 i 27 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Fabrity K2 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 44A, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Bank Gospodarstwa Krajowego, Aleje Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Serwis Zarządczej Hurtowni Danych (2)” – (postępowanie znak DZZK/84/DRI/2017)

przy udziale wykonawcy **CA Consulting S.A., Al. Jerozolimskie 81, 02-001 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - Fabrity K2 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 44A, 02-676 Warszawa i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Fabrity K2 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 44A, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 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:

.....

U z a s a d n i e
do wyroku z dnia 2 grudnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2629/17

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego, Aleje Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Serwis Zarządczej Hurtowni Danych (2)” – (postępowanie znak DZZK/84/DRI/2017).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26.08.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 163 - 336200.

W dniu **30.11.2017** r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej (CA Consulting S.A.) oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11.12.2017 r. w formie pisemnej przez wykonawcę Fabrity K2 Spółka z o.o., ul. Domaniewska 44A, 02-672 Warszawa wobec niezgodnych z przepisami Ustawy Pzp działań i zaniechań Zamawiającego w szczególności decyzji Zamawiającego dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 81, 02-001 Warszawa, zwaną dalej „CA Consulting”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz wbrew zasadom proporcjonalności i przejrzystości;
- art. 38 ust. 4 Ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany zakresu opisu przedmiotu zamówienia po terminie składania ofert wbrew treści udzielonej odpowiedzi;
- art., 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako podlegającej odrzuceniu pomimo tego, że treść oferty złożonej przez Odwołującego odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”;

- art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako podlegającej odrzuceniu pomimo tego, że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę podczas, gdy złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu;
- art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z zapisami SIWZ;
- innych przepisów wskazanych w treści przedmiotowego odwołania;

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego z dnia 30 listopada 2017r.;
- dokonania ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami Ustawy Pzp oraz zapisami SIWZ;
- dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych oraz kosztami zastępstwa zgodnie z dokumentami przedstawionymi na rozprawie.

W zakresie terminu Odwołujący oświadczył, że informacja o decyzji Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty złożonej przez CA Consulting jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego została przekazana Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 30 listopada 2017r. Zgodnie z treścią przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1) Ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp. W związku z tym, że ostatnim dniem dziesięciodniowego terminu, o którym mowa w tymże przepisie, jest dzień 10 grudnia 2017r. i jest to niedziela oraz w związku z treścią przepisu art. 14 ust. 2 Ustawy Pzp, który stanowi jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, niniejsze odwołanie zostało wniesione w przewidzianym w Ustawie Pzp terminie.

Interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia

Zgodnie z informacją wynikającą ze zbiorczego zestawienia ofert z dnia 2 listopada 2017r. cena z uwzględnieniem podatku od towarów i usług zaoferowana przez Odwołującego to 1.483.380,00 zł, natomiast cena z uwzględnieniem podatku od towarów i usług zaoferowana przez CA Consulting to 1.675.260,00 zł. Zatem cena brutto zaproponowana przez Odwołującego jest niższa o 191.880 zł od ceny brutto zaproponowanej przez CA Consulting. Ponadto w zakresie kryteriów pozacenowych oferta złożona przez Odwołującego jest również korzystniejsza od oferty złożonej przez CA Consulting, ponieważ Odwołujący zaoferował Zamawiającemu rozszerzenie dostępności serwisu (6:00 - 20:00), natomiast oferta złożona przez CA Consulting tego elementu nie zawiera. Zamawiający dokonując wyboru oferty złożonej przez CA Consulting jako najkorzystniejszej i odrzucając ofertę złożoną przez Odwołującego naruszył przepisy Ustawy Pzp i w rezultacie to naruszenie skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W związku z tym, Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów Ustawy Pzp i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Ustawy Pzp, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W świetle treści przepisu art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wobec tego należy wskazać, że przesłanki wymienione w tymże przepisie zostały spełnione, ponieważ istnieje związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp a szkodą poniesioną przez Odwołującego polegającą na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2014 r. (Sygn. akt: KIO 824/14), w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Izba oceniła, że odwołujący jest wykonawcą który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną i gdyby jego oferta nie została odrzucona uzyskałby zamówienie, Odwołanie zmierza do przywrócenia oferty do postępowania o udzielenie zamówienia i przywrócenia odwołującemu szansy na uzyskanie zamówienia. W przypadku zaistnienia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący może ponieść szkodę przez utratę zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art 179 ust 1 ustawy. ”

W ramach uzasadnienia Odwołujący wskazał, co następuje.

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Serwis Zarządczej Hurtowni Danych (2)”. W dniu 30 listopada 2017r. poinformował Odwołującego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej o dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Z treści tego pisma wynika, że najwyżej oceniono ofertę nr 1 złożoną przez CA Consulting i jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego. Odwołujący nie zgadza się z tą decyzją w całości, ponieważ stanowi ona naruszenie przepisów Ustawy Pzp, co szczegółowo zostanie wykazane poniżej.

II. Nieprawidłowe uzasadnienie prawne

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jako uzasadnienie prawne odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego wskazał w pkt III pisma z dnia 30 listopada 2017r., że: „Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy Fabrity K2 sp. z o. o., ul Domaniewska 44A, 02-672 Warszawa na podstawie:

art 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp: „ Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”, w związku z art. 89 ust 1 pkt 2: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Z tak postawionym zarzutem, zdaniem Odwołującego, nie można się zgodzić, ponieważ jest on nie tylko bezzasadny lecz także stanowi przejaw rażącego naruszenia przepisów Ustawy Pzp w zakresie określania podstaw prawnych odrzucenia oferty. Jeżeli Zamawiający dochodzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę, to nie może równocześnie w oparciu o tożsame okoliczności faktyczne stawiać zarzutu, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ musi zostać ustalona bezsprzecznie i jednoznacznie, w ten sposób, że Zamawiający w treści decyzji o odrzuceniu powinien dokładnie wskazać, z którymi konkretnie zapisami SIWZ oferta jest niezgodna i jakim w zakresie. Podobny pogląd został wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 22 lutego 2017 r. (Sygn. akt KIO 234/17), w którym Izba stwierdziła, że: „Izba podzieliła stanowisko przedstawione w orzecznictwie w tym zakresie, w szczególności - w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 50/17: „(...) biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz treść art. 89 ust 1 pkt 2, interpretowanego w świetle orzecznictwa sądów i KIO stwierdzić należy, iż dla dokonania odrzucenia oferty wykonawcy musi zaistnieć sytuacja ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. (...) Wszelkie niezgodności powinny być

oceniane z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. (...) interpretacja art 89 ust 1 pkt 2 Pzp ukształtowana w orzecznictwie oraz znajdująca odzwierciedlenie w stanowisku doktryny, nakazuje odniesienie normy art 89 ust 1 pkt 2 Pzp do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem de lege lata o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w siwz. ” oraz w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 192/17, co do charakteru oświadczenia wykonawcy o podwykonawstwie. ” W świetle treści tego wyroku nie można uznać, że Zamawiający wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że zakres świadczenia Odwołującego, wynikający z treści oferty, jest sprzeczny z merytorycznymi i konkretnie wskazanymi wymaganiami określonymi w SIWZ. Zamawiający nie odniósł się do konkretnych zapisów treści oferty i nie wskazał szczegółowych zapisów SIWZ, a jedynie oparł swoją decyzję o treść wyjaśnień, do których wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp. Takie działanie Zamawiającego niedopuszczalne, ponieważ wyjaśnienia przekazane Zamawiającemu w tym trybie nie stanowią treści oferty. Takie stanowisko jest uzasadnione w szczególności w świetle treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2017r. (Sygn. akt: KIO 340/17), w którym Izba stwierdziła, że: „Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że w niniejszej sprawie zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający stracił bowiem z pola widzenia okoliczność, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie stanowią treści oferty. Rzeczonymi wyjaśnieniami Odwołujący nie zmienił ani nie odwołał określonych postanowień (warunków) oferty, a zatem nie można przyjąć, że dla oceny oferty Odwołującego w zakresie zgodności jej treści z treścią SIWZ pierwszoplanowe znaczenie ma treść przedmiotowych wyjaśnień. ” Ponadto Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia w trybie przepisu art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp. Zatem nie można stwierdzić, że decyzja o odrzuceniu oferty w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp została poprzedzona odpowiednią procedurą wyjaśniającą przewidzianą w przepisie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp. Wykonawca, którego ofertę Zamawiający odrzucił, powinien zostać przez Zamawiającego dokładnie poinformowany, na jakiej podstawie prawnej i faktycznej jego oferta została odrzucona. Zamawiający nie może w sposób bezrefleksyjny i dowolny określać podstaw odrzucenia oferty stosując odniesienia do przepisów, które nie mają ze sobą związku logicznego i semantycznego. Warto wskazać na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 13 czerwca 2017 r. (Sygn. akt KIO

1088/17), z którego wynika, że: „ W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. W realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art 87 ust 1 PZP stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art 87 ust 2 pkt 1-3 PZP1. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust pkt 2 Pzp. {vide wyrok Izby z 5 stycznia 2012 r. (sygn. akt KI02743/11) oraz wyrok Izby z 29 lipca 2011 r. (sygn. akt 1514/11)}”

III. Nieprawidłowe uzasadnienie faktyczne

Odwołujący wskazał, że nie zgadza się nie tylko z uzasadnieniem prawnym odrzucenia złożonej przez niego w przedmiotowym postępowaniu oferty lecz także z uzasadnieniem faktycznym.

W piśmie z dnia 30 listopada 2017r. Zamawiający stwierdził, że: „W toku badania złożonych ofert Zamawiający stwierdził, iż cena oferty złożonej przez Wykonawcę Fabrity K2 sp. z o.o. jest o 30% niższa od określonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania wartości przedmiotowego zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. ” Należy wskazać, że to stwierdzenie jest dowodem na to, że Zamawiający oparł swoją decyzję o nieprawdziwe ustalenia faktyczne. Cena brutto zaoferowana przez Odwołującego to kwota w wysokości 1.483.380,00 zł natomiast wysokość kwoty, którą Zamawiający przeznacza na realizację zamówienia to kwota w wysokości 1.930.000,00 zł (słownie: jeden milion dziewięćset trzydzieści tysięcy złotych). Z treści art. 86 ust. 3 Ustawy Pzp wynika, że bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jest to kwota brutto, a więc w odróżnieniu od szacunkowej wartości zamówienia, zawiera ona podatek od towarów i usług. W związku z tym, jeżeli Zamawiający prawidłowo dokonałby porównania ceny zaoferowanej przez Odwołującego z wysokością kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia, to doszedłby do wniosku, że cena zaoferowana przez Odwołującego stanowi 76,86 % kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zatem różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego a kwotą, którą Zamawiający przeznacza na realizację przedmiotowego zamówienia wynosi 23,14%. Należy wskazać, że Zamawiający jest uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 91 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem

postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zatem należy uznać, że nawet samo ustalenie, że cena oferty jest niższa o co najmniej 30% nie skutkuje automatycznym odrzuceniem oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Takie ustalenie daje Zamawiającemu możliwość wezwania do wyjaśnień. W związku z tym Zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego nie tylko w oparciu o nieprawdzie ustalenia faktyczne lecz także na kryterium arytmetycznym o charakterze arbitralnym. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne w szczególności w świetle treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2017r. (Sygn. akt: KIO 1066/17), w którym Izba stwierdziła, że: „Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że w chwili oceny ofert jedynym obiektywnym wyznacznikiem tego, czy cena może być uznana za rażąco niską jest wartość zamówienia z podatkiem VAT. W świetle orzecznictwa i doktryny nie budzi wątpliwości fakt, że stosowanie wskaźników arytmetycznych przy badaniu ceny oferty nie jest wystarczające do stwierdzenia, czy cena oferty jest rażąco niska, Konieczne jest dokonanie szczegółowej oceny kalkulacji ceny danej oferty w świetle warunków realizacji zamówienia dostępnych danemu wykonawcy. Wystąpienie przesłanek arytmetycznych określonych w art. 90 ust. 1a Pzp w odniesieniu do danej oferty stanowi jedynie uzasadnienie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a nie do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. ”

W pozostałym zakresie Odwołujący zastrzegł treść uzasadnienia jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego. We wniesionym odwołaniu zakwestionował powyższą czynność. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba uwzględniła zgłoszone przez Strony i uczestnika postępowania wnioski dowodowe. Tym samym Izba przeprowadziła następujące dowody:

1. Zgłoszony i przeprowadzony przez Zamawiającego dowód z dokumentu w postaci wydruku informacji odnoszącej się do aplikacji Comarch Data Warehouse Manager w wersji 5.0 z 2013 r. (PL-2013.01);
2. Zgłoszony i przeprowadzony przez Przystępującego dowód z dokumentu w postaci wydruku informacji odnoszącej się do aplikacji Comarch Data Warehouse Manager w wersji 6.0 z 2016 r. (Comarch DWM v.6 0-19.12.2016 r.);
3. Zgłoszony i przeprowadzony przez Przystępującego dowód z dokumentu w postaci wydruku informacji odnoszącej się do aplikacji Comarch Data Warehouse Manager w wersji 6.2 z 2017 r. (Comarch DWM v.6.2-5.06.2017 r.);
4. Zgłoszony i przeprowadzony przez Zamawiającego dowód z dokumentu w postaci wydruku korespondencji mailowej Banku Gospodarstwa Krajowego (zaproszenie do złożenia oferty w postępowaniu znak DZZK/84/DRI/2017) z dnia 10.10.2017 r. godz. 17:02 skierowanej na adres R..K.@fabrity.pl wraz ze zwrotnym potwierdzeniem jej otrzymania w dniu 10.10.2017 r. godz. 17:11;
5. Zgłoszony i przeprowadzony przez Zamawiającego dowód z dokumentu w postaci wydruku korespondencji mailowej Banku Gospodarstwa Krajowego z Comarch S.A. z dnia 20 i 25 lipca 2017 r. (pytanie i odpowiedź) odnoszącego się do oferty sprzedaży wsparcia serwisowego do oprogramowania Comarch Data Warehouse Manager oraz Comarch Data Editor skierowanego na adres M..F.@comarch.pl wraz z pismem z dnia 20.07.2017 r.

zawierającym treść zapytania skierowanego przez Centrum Kompetencji Raportowania Bank Gospodarstwa Krajowego;

6. Zgłoszony i przeprowadzony przez Zamawiającego dowód z dokumentu w postaci pisma Comarch S.A. z dnia 06.11.2017 r. zawierającego informację, że jedynym podmiotem który wystąpił do Comarch z zapytaniem o ofertę na zapewnienie wsparcia/subskrypcji do oprogramowania Comarch Data Warehouse i Comarch Data Editor w związku z postępowaniem znak DZZK/84/DRI/2017 był autoryzowany parter Comarch – CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 81.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest serwis zarządczej hurtowni danych.

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) Izba ustaliła, że Zamawiający zawarł m.in. wymagania ujęte w treści tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, gdzie w wierszach nr 7 – 10 oraz 16 wskazano następujące czynności: usuwanie wad systemu i oprogramowania, informowanie Zamawiającego o udostępnionych nowych lub ulepszonych wersjach Systemu i Oprogramowania wykorzystywanych przez rozwiązanie Zamawiającego (w tym tych dla których Zamawiający nie posiada kodów źródłowych), dostarczanie nowych i ulepszonych wersji Systemu i Oprogramowania – na pisemne żądanie Zamawiającego zgłoszone po informacji Wykonawcy o dostępności nowej wersji lub aktualizacji Systemu lub Oprogramowania (w tym tych dla których Zamawiający nie posiada kodów źródłowych); wsparcie przy instalacji nowych wersji Systemu lub Oprogramowania, tylko w przypadku żądania Zamawiającego oraz wdrażanie nowych i ulepszonych wersji Systemu i Oprogramowania (w tym tych dla których Zamawiający nie posiada kodów źródłowych).

Izba ustaliła, że Zamawiający w pismach z dnia 01.09.2017 r. oraz 25.10.2017 r. udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców.

Pismo z dnia 01.09.2017 r.

W związku z pytaniami uczestników postępowania, działając na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej „ustawą Pzp”, Zamawiający wyjaśnia treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Pytanie

Zgodnie z zapisem w treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt 111.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe w ppkt 3. Warunek zdolności zawodowej, „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada status Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL lub Comarch ERP Altum, niezbędny do zapewnienia serwisu ze strony producenta firmy Comarch S.A. odnoszącego się do oprogramowania wykorzystywanego przez Zamawiającego, dla którego Zamawiający nie posiada kodów źródłowych:

- a) Comarch Data Warehouse Manager
- b) Data Editor.”

Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, w jaki sposób warunek ten jest związany z przedmiotem zamówienia, adekwatny i proporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia. Postawienie tego rodzaju warunku ogranicza ilość wykonawców, którzy są zdolni do złożenia oferty w tym postępowaniu pomimo tego, że dają rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r. (Sygn. akt: KIO 901/17) „warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji.”

Wobec powyższego, wnioskujemy o modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez wykreślenie tego warunku, ponieważ narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i jest nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź na pytanie

Zamawiający wyjaśnia, że oczekuje kompletnego serwisu oprogramowania, obejmującego również oprogramowanie do którego Zamawiający nie posiada kodów źródłowych: Data Editor oraz Data Warehouse Manager. Producent ww. oprogramowania, firma Comarch S.A. wymaga, aby wytworzone przez nią oprogramowanie było serwisowane przez autoryzowanych przez nią partnerów. Informację o autoryzacji i ścieżce, Comarch S.A. udostępnia na swojej stronie internetowej. Ww. warunek zdaniem Zamawiającego nie ogranicza uczciwej konkurencji a zapewnia możliwość ewentualnych modyfikacji do oprogramowania poprzez dostęp autoryzowanego partnera do kodów źródłowych wytworzonego oprogramowania.

Pismo z dnia 25.10.2017 r.

Pytanie nr 1

W kontekście outsourcingu bankowego prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający stoi na stanowisku, że przekazanie serwisu nawet fragmentu Systemu do dowolnego podmiotu trzeciego należy traktować jako outsourcing w rozumieniu prawa bankowego, czy też podzlecenie czynności naprawy oprogramowania do podmiotu trzeciego nie jest traktowane przez Zamawiającego w kategorii outsourcing bankowy?

Odpowiedź nr 1

Jeżeli wybrana zostanie oferta Wykonawcy, który dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegał na zasobach innego podmiotu (strony trzeciej), to ten podmiot będzie realizował tylko zadania o charakterze technicznym (naprawa aplikacji na poziomie kodów źródłowych) i nie będzie zachodził przypadek dostępu lub wglądu do danych wrażliwych osobowych lub bankowych. Zamawiający nie traktuje tego podmiotu (nie „dowolnego podmiotu trzeciego”) jako podlegającego regulacjom dotyczącym outsourcingu bankowego.

Pytanie nr 2

W kontekście outsourcingu bankowego prosimy o potwierdzenie, że zapewnienie przez Wykonawcę Zamawiającemu praw do uaktualnień oprogramowania firm trzecich nie stanowi outsourcingu w rozumieniu prawa bankowego i jest traktowana jako odsprzedaż praw?

Odpowiedź nr 2

Pytanie zostało sformułowane bardzo niejednoznacznie — o jakiej „odsprzedaży praw” może być mowa? Zgodnie z zapisami OPZ oraz IPU (załącznik nr 1 i 2 do SIWZ), Zamawiający zakwalifikował zamówienie, jako podlegające regulacjom dotyczącym outsourcingu bankowego i wymaga od Wykonawcy przeprowadzającego uaktualnienia oprogramowania spełnienia określonych obowiązków, ze względu na pełnione czynności z możliwym dostępem lub wglądem do danych osobowych lub bankowych.

Pytanie nr3

Zamawiający oczekuje kompletnej usługi serwisu obejmującej również prawa do nowych wersji oprogramowania firmy Comarch SA. Zgodnie z zasadami księgowości prawa i wartości niematerialne winny być rozdzielnie fakturowane od usług. Prosimy o stosowne rozdzielanie tych pozycji w IPU oraz formularzu oferty, tak aby jednoznacznie rozdzielić wartość serwisu świadczonego jako usługi od wartości wynagrodzenia za prawa niematerialne.

Odpowiedź nr 3

Wymagany na etapie składania ofert stopień szczegółowości formularza cenowego oraz zapisów w IPU (w Rozdziale 6) Zamawiający uznaje za wystarczający. Szczegóły dotyczące fakturowania zostaną uzgodnione z wybranym Wykonawcą.

Pytanie nr 4

Czy w kontekście tego, że oprogramowanie autorstwa Comarch DWM i Data Editor są w świetle definicji częścią Systemu, a naprawa tego oprogramowania wymaga kompetencji potwierdzonych certyfikatem, czy Zamawiający dopuszcza aby tego typu usługi serwisowe mogły być podzlecane do innego podwykonawcy posiadającego wymagany certyfikat, pomimo, iż Wykonawca we wniosku o dopuszczenie do składania ofert oświadczył, że będzie składał ofertę bez udziału podwykonawców? Czy też zlecenie podwykonawstwa nie będzie możliwe gdy Wykonawca we wniosku oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców?

Odpowiedź nr 4

W jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ) każdy wykonawca zobowiązany jest wypełnić dwie sekcje dotyczące „podwykonawstwa” w potocznym rozumieniu tego określenia — „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” oraz cz. II lit. D „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”. Jeżeli w lit. C zaznaczona została odpowiedź „TAK”, to do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany był załączyć zobowiązanie podmiotu, na którego zdolności polega, do oddania do dyspozycji wskazanych zasobów na czas realizacji zamówienia; w tym sensie (oddania do dyspozycji określonych zasobów) ów podmiot trzeci stanie się podwykonawcą w realizacji zamówienia, jeśli zamówienia to otrzyma. W opisanej sytuacji Wykonawca nie może w lit. D odpowiedzieć „TAK”

Inną sprawą jest sytuacja przewidziana w Rozdziale 14 IPU, to znaczy skorzystanie z innego podwykonawcy w trakcie realizacji umowy, kiedy nie było to przewidziane przez Wykonawcę na etapie postępowania o udzielenie zamówienia — wymaga to pisemnej zgody Zamawiającego i spełnienia określonych wymagań, pod kontrolą Zamawiającego.

Pytanie nr 5

Czy czas obsługi problemu obsługiwanego przez firmę trzecią odliczany od czasu Wykonawcy?

Odpowiedź nr 5

Nie. W trakcie realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do zachowania terminów świadczenia usług serwisowych określonych w OPZ oraz Umowie.

Pytanie nr 6

Czy Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia umowy z Zamawiającym w przypadku braku możliwości wywiązania się z Umowy np.: z uwagi na wygaśnięcie umów partnerskich? Jeśli tak, na jakich warunkach?

Odpowiedź nr 6

To Zamawiający będzie w takiej sytuacji uprawniony do wypowiedzenia umowy z Wykonawcą, który utracił zdolność do świadczenia usług.

Dla uniknięcia wątpliwości w toku realizacji umowy, Zamawiający modyfikuje IPU (załącznik nr 2 do SIWZ), dodając w 5 111 pkt 4 w brzmieniu:

4) Wykonawca nie będzie zdolny do świadczenia usługi Serwisowej w części lub w całości, a w szczególności, jeżeli nie będzie utrzymywał ciągłości w zakresie posiadania statusu/dysponowania potencjałem w postaci statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL lub Comarch ERP Altum.

Zmodyfikowany załącznik nr 2 do SIWZ stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Pytanie nr 7

Zważywszy, że w ramach przedmiotu umowy, Wykonawca będzie świadczył usługi oraz dostarczał prawa niematerialne, a podstawą do naliczania kar umownych jest niedotrzymanie parametrów usługi naprawy oprogramowania. Wykonawca zwraca się z wnioskiem o taką zmianę naliczania kar, aby kary za niedotrzymanie czasu naprawy o naliczane były od podstawy wartości usług, nie zaś wartość stanowiąca sumę usług i praw.

Odpowiedź nr 7

Zgodnie z zapisami w IPU (Rozdział 10), kary umowne w zakresie niedotrzymania parametrów usługi naprawy oprogramowania określone są kwotowo, nie procentowo od wartości usług.

Pytanie nr 8

Zważywszy, że System nie jest objęty serwisem od 1.02.2017 i w oparciu o wiedzę Wykonawcy istnieje poważne ryzyko wystąpienia kumulacji zgłoszeń w początkowym okresie serwisu, Wykonawca wnioskuję o dopuszczenie możliwości stosowania kar dopiero po 90 dniowym okresie przejęcia serwisu.

Odpowiedź nr 8

W ocenie Zamawiającego nie ma ryzyka wystąpienia kumulacji zgłoszeń w początkowym okresie serwisu. Jeśli wystąpi równocześnie kilka problemów, Zamawiający będzie je odpowiednio „kolejkować”.

Pytanie nr 9

Zważywszy, że System nie jest objęty serwisem od 1.02.2017 i w oparciu o wiedzę Wykonawcy istnieją nowe wersje oprogramowania, zachodzi poważne ryzyko wystąpienia kumulacji prac związanych z aktualizacją oprogramowania w początkowym okresie serwisu, Wykonawca wnioskuję o dopuszczenie możliwości stosowania kar dopiero po zaktualizowaniu wszystkich elementów systemu do najnowszych wersji wspieranych przez producentów oprogramowania. Odpowiedź nr 9

W ocenie Zamawiającego nie ma ryzyka wystąpienia kumulacji prac związanych z aktualizacją Systemu, zwłaszcza że, zgodnie z OPZ, Zamawiający może wydłużyć termin 10 dni roboczych, określony dla wykonania takiej instalacji. O wydłużeniu terminu Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego, zgłaszając pojawienie się takiej nowej wersji.

Izba ustaliła, że w ramach postępowania oferty złożyło dwóch wykonawców (zbiorcze zestawienie ofert z dnia 02.11.2017 r.). Wykonawca Fabrity K2 Spółka z o.o. z ceną ofertową wynoszącą 1.483.380,00 zł brutto oraz wykonawca CA Consulting S.A. z ceną ofertową wynoszącą 1.675.260,00 zł brutto.

Zamawiający w dwóch kolejnych pismach (z dnia 07.11.2017 r. oraz z 14.11.2017 r.) wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwania te zostały przez Zamawiającego zastrzeżone jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa.

Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w pismach z dnia 10 i 16 listopada 2017 r. zastrzegając ich treść jako zawierającą tajemnice przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 30.11.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta CA Consulting S.A. z ceną ofertową wynoszącą 1.675.260,00 zł brutto. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę wykonawcy Fabrity 2K Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że:

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Fabrity 2K Spółka z o.o. oświadczył, że *przy obliczaniu poszczególnych elementów zawartych w kalkulacji cenowej wziął pod uwagę wszelkie okoliczności, które prowadzą do wykonania zamówienia z zyskiem przy zachowaniu oszczędnych metod jego wykonania (...), a także uwzględnił wszelkie ryzyka związane z możliwością naliczenia przez Zamawiającego kar umownych oraz wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotowego zamówienia*, jednakże, zdaniem Zamawiającego, nie przedstawił elementów składowych ceny: całą kwotę w obydwu przypadkach wykazał w pozycji „cena własna Fabrity 2K”, natomiast opłatę za zapewnienie wsparcia/subskrypcji producenta dla oprogramowania Data Warehouse i Data Editor określił jako „0,00 zł”. Przedstawioną wycenę Wykonawca umotywował stwierdzeniem, iż *z uzyskanych informacji publicznych (historia wersji na stronie producenta – ComArch S.A.), przekazywanych partnerom, wymienione moduły nie są rozwijane*.

Jak wskazał następnie Zamawiający na stronie internetowej Comarch S.A. brak jest jakichkolwiek informacji o zakończeniu rozwoju i wsparcia dla Data Warehouse i Data Editor. Dla ww. modułów systemu Zarządczej Hurtowni Danych (ZHD) Zamawiający nie dysponuje kodami źródłowymi (co zostało wyraźnie wskazane w Opisie przedmiotu zamówienia), a jednocześnie w miarę rozwoju ZHD konieczne jest dostosowywanie/pozyskanie nowych wersji również tych modułów, czego w tej sytuacji nie można przeprowadzić bez zgody i

wsparcia producenta. Zatem, jak wskazał, Zamawiający, sprawa prawidłowej wyceny związanych z tym kosztów jest w ocenie Zamawiającego kluczowa dla stwierdzenia, czy możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Dotyczy to w szczególności możliwości uzyskiwania nowych, licencjonowanych przez producenta, wersji ww. modułów, a nie *wdrażania rozwiązań równoważnych dla tych modułów na adekwatnych warunkach*, co byłoby sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba, odnosząc się do argumentacji Odwołującego podniesionej w toku rozprawy, mającej miejsce w dniu 22.12.2017 r., wskazuje, że analiza uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego (w pełnej jej treści) nie pozostawia wątpliwości, jakie były podstawy faktyczne oraz prawne tej czynności. Należy bowiem zwrócić uwagę na fakt, iż czynność ta została przez Zamawiającego poprzedzona dwukrotnym zwróceniem się do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji wynagrodzenia. W procedurze tej Zamawiający kierował do wykonawcy szczegółowe pytania i wyrażał swoje wątpliwości. Zatem czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie była czynnością pozostającą w próżni, lecz czynnością wynikową – czego wyraz znajdujemy w uzasadnieniu. Zamawiający przywołał w uzasadnieniu z dnia 30.11.2017 r. te informacje uzyskane od Odwołującego, które legły u podstaw odrzucenia oferty i w ocenie Izby nie był on zobligowany do przytaczania pełnej treści odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego. Takie działanie stanowiłoby bowiem niepotrzebny formalizm. Tym samym, w ocenie Izby, uzasadnienie tej czynności było jasne i wyczerpujące – zaś jego podsumowanie znalazło się na str. 4 pisma z dnia 30.11.2017 r. (objętej zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa). Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że nie istnieje możliwość zbiegu przesłanek odrzucenia oferty ujętych w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Taka możliwość istnieje, czego przykładem jest nie uwzględnienie w ofercie Odwołującego konieczności zapewnienia

wsparcia producenta oprogramowania objętego usługami serwisowymi i w konsekwencji, brak wyceny tego wsparcia.

W drugiej kolejności Izba, mając na względzie dokonane przez Odwołującego zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zarówno wyjaśnień z dnia 10 i 16 listopada 2017 r., jak również części uzasadnienia odwołania wskazuje, że okoliczność nie uwzględnienia w ramach oferty oraz w zaoferowanym wynagrodzeniu wsparcia/subskrypcji producenta oprogramowania Comarch Data Warehouse Manager oraz Comarch Data Editor była okolicznością w sposób jawny prezentowaną przez Odwołującego w trakcie rozprawy mającej miejsce w dniu 22 i 27 grudnia 2017 r. Na rozprawie w dniu 22.12.2017 r. Odwołujący wskazał, że: *Odnosi się do pkt 2 str. 11 odpowiedzi na odwołanie wskazując, że jego zdaniem wsparcie subskrypcji nie było elementem OPZ i trudno żeby wycenił taką pozycję. Cechą charakterystyczną wyceny usług jest ujęcie stawek godzinowych.* Tym samym kwestia braku wyceny tego elementu świadczenia nie spełnia ustawowych przesłanek objęcie ich zastrzeżeniem – a więc stanowi informację jawną.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego Izba wskazuje, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego wyrażony w toku rozprawy mającej miejsce dnia 22.12.2017 r. Odwołujący wskazał wówczas, że: *Zamawiający nie może narzucać sposobu realizacji świadczenia przez nabycie licencji bądź usług od Comarch zaś Odwołujący dysponuje wszystkimi koniecznymi elementami do wykonania usługi opierając się na potencjale swojego podwykonawcy, który jest autoryzowanym partnerem i to on wykona te czynności.* W ocenie Izby kwestia sposobu realizacji świadczenia była w tym wypadku zdeterminowana istniejącym stanem faktycznym – nie zaś zależną od woli Zamawiającego. Realizacja przedmiotu zamówienia nie polegała bowiem na budowie systemu od podstaw, lecz na utrzymaniu istniejącego systemu, i to system wytworzonego przez podmiot niezależny zarówno od Odwołującego, jak również Zamawiającego. Tym samym zakres przewidzianych do realizacji czynności był determinowany, po pierwsze wymaganiami Zamawiającego, po drugie zaś istniejącym stanem faktycznym i prawnym. Niesporną kwestią było bowiem, że w skład objętej zamówieniem hurtowni danych wchodziło oprogramowanie Comarch Data Warehouse Manager oraz Comarch Data Editor, do którego wyłączne prawa autorskie posiada Comarch S.A., jak również to, że Zamawiający nie posiada kodów źródłowych do tego oprogramowania, zaś jego producent celem realizacji usługi związanej z utrzymaniem i modyfikacjami tego oprogramowania wymaga uzyskania statusu autoryzowanego partnera. Zatem, w ocenie Izby, te niesporne okoliczności determinowały sposób skonstruowania przez Zamawiającego, zarówno warunków podmiotowych, jak również sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia i w następstwie determinowały sposób wyceny i sposób realizacji świadczenia przez wykonawców.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wyrażonego, w trakcie rozprawy mającej miejsce w dniu 22.12.2017 r., co do odpowiedzi na pytanie 6 z dn. 25.10.2017 r. gdzie doszło do modyfikacji § 111 pkt 1 wzoru umowy, jak również stanowiska wyrażonego w piśmie z dnia 16.11.2017 r. (odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 14.11.2017 r.), gdzie na str. 5 w pkt 3 (zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa) Odwołujący wyraził swój pogląd, co do faktycznego zakresu zamówienia, w tym konsekwencji wynikających z treści modyfikacji IPU (załącznik nr 2 do SIWZ) dokonanej pismem z dnia 25.10.2017 r. (dodanie § 111 pk 4) Izba wskazuje, że z przywołanej przez Odwołującego modyfikacji IPU (utrzymywanie statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL lub Comarch ERP Altum) w połączeniu z innymi postanowieniami SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ OPZ – Ad. 1 pkt 2a, 2b, 2c oraz 2d) wynika, czego Zamawiający oczekuje od wykonawcy. Co istotne z pytania nr 3 zawartego w piśmie z dnia 25.10.2017 r., na które odpowiedź była cytowana na rozprawie przez Odwołującego, wynika wprost, że *„Zamawiający oczekuje kompletnej usługi serwisu obejmującej również prawa do nowych wersji oprogramowania firmy Comarch S.A.”* – co wprost pokazuje, że wykonawcy byli świadomi swoich obowiązków związanych z rozwojem systemu i sposobem jego realizacji. Na powyższe wskazują także pozostałe pytania zadawane przez wykonawców, stąd też Izba przytoczyła je w całości w uzasadnieniu w ramach ustaleń faktycznych.

Jeżeli bowiem mamy do czynienia z istniejącą aplikacją (opartą w zasadniczym module na gotowych produktach Comarch S.A. w postaci Data Warehouse Manager i Data Editor), dla której Zamawiający nie posiada kodów źródłowych to jej utrzymanie (serwisowanie) przy takim brzmieniu postanowień SIWZ wymagało nabycia wsparcia od producenta tego oprogramowania. W ocenie Izby okoliczności prawne i faktyczne związane z przedmiotem zamówienia nie pozwalały na prawidłowe świadczenie usługi serwisowych bez uzyskania od jego producenta oferty obejmującej wsparcie/subskrypcję dla tej usługi. Jak wynika zaś jednoznacznie z treści oświadczenia Comarch S.A., zawartego w skierowanym do Zamawiającego piśmie z dnia 06.11.2017 r., jedynym podmiotem, który wystąpił do producenta oprogramowania Comarch Data Warehouse Manager oraz Comarch Data Editor z zapytaniem o ofertę na zapewnienie wsparcia/subskrypcji był CA Consulting S.A. Choć Odwołujący kwestionował na rozprawie wiarygodność tego oświadczenia jego prawdziwość nie została podważona żadnym dowodem, jak również Odwołujący nie udowodnił tezy przeciwnej, tj. że były inne podmioty, które o taką ofertę wystąpiły.

Izba wskazuje, że Odwołujący skupił się w swojej argumentacji (zarówno w trakcie rozprawy, jak również w pismach z dnia 10.11.2017 r. i 16.11.2017 r.) na podmiotowym znaczeniu wymogu związanego ze statusem autoryzowanego partnera Comarch S.A. pomijając kwestię znaczenia tego wymogu dla przedmiotowej części wymagań ujętych w SIWZ. Postawienie takiego wymogu (tj. warunku podmiotowego) przez Zamawiającego

byłoby bezprzedmiotowe i niezgodne z przepisami ustawy Pzp, gdyby nie przekładało się na realizację przedmiotu zamówienia, tj. nie służyło realizacji czynności w ramach usługi, do których niezbędny jest taki status i bez jego uzyskania lub bez współpracy w podmiocie go posiadającym nie byłoby możliwe należyte zrealizowanie usługi. Jednakże Odwołujący ani żaden z wykonawców nie kwestionował tego warunku na etapie postępowania, co pozwala przyjąć, że został on uznany za związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny.

Izba zwraca również uwagę na brak konsekwencji Odwołującego przy prezentacji argumentów na poparcie swojego stanowiska. Otóż z jednej strony Odwołujący kwestionuje postanowienia SIWZ (dotyczące OPZ) pod względem wymogu w ramach którego wykonawcy mieli dokonać modyfikacji istniejącego oprogramowania, w tym usuwać jego błędy, dostarczać kolejne wersje, wdrażać je i serwisować, zaś z drugiej strony w swoim stanowisku na etapie postępowania przetargowego (wyjaśnienia z dnia 10 i 16 listopada 2017 r.) oraz na rozprawie wskazuje na prawidłowość wyliczonego wynagrodzenia, w tym, co wskazał na rozprawie w dniu 27.12.2017 r., że bez znaczenia jest który podmiot zrealizuje te usługi (sam wykonawca, czy też jego partner). Odwołujący wskazywał również w pismach z dnia 10 i 16 listopada 2017 r., że ani sposób rozliczenia między partnerami, ani sposób „wyceny” tego elementu usługi nie musi być przez wykonawcę szczegółowo wskazywany – jednocześnie podnosząc argument, w ocenie Izby nie korespondujący z pozostałymi twierdzeniami, że opis przedmiotu zamówienia wprost nie wskazywał, że usługa miała obejmować nabycie subskrypcji – a zatem ten element wykracza poza zakres przedmiotowy zamówienia. Tego rodzaju argumentacja, w ocenie Izby, nawet gdyby była podniesiona z ostrożności, nie może przemawiać za uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Jest ona bowiem niespójna, wewnętrznie sprzeczna i nie została poparta przez Odwołującego żadnymi dowodami.

W ocenie Izby, zarówno opis przedmiotu zamówienia, w tym istniejący stan faktyczny, jak również informacje kierowane dodatkowo do wykonawcy przez Zamawiającego (dowód w postaci korespondencji mailowej z dnia 10.10.2017 r. w postaci „zaproszenia do złożenia oferty” w postępowaniu znak DZZK/84/DRI/2017) nie budziły wątpliwości, co do zakresu przedmiotowego usługi. O ile, jak twierdził Odwołujący, nie doszukał się on takich obowiązków analizując opis przedmiotu zamówienia – nie mógł już mieć jakichkolwiek wątpliwości analizując informację z dnia 10.10.2017 r. (zaproszenie do złożenia oferty). Dowód ten, przedstawiony przez Zamawiającego (i znajdujący się w aktach postępowania), nie pozostawiał, w ocenie Izby, żadnych wątpliwości i jest najistotniejszym dowodem podważającym argumentację Odwołującego. Zamawiający bowiem w zaproszeniu do złożenia oferty wprost wskazał, że: *„Dodatkowo Zamawiający przekazuje, że zgodnie z uzyskaną od Comarch S.A. informacją, Wykonawcy powinni się zwrócić do firmy Comarch*

S.A. w celu uzyskania stosownej oferty na niezbędne w przedmiotowym postępowaniu 'wsparcie/subskrypcje' w zakresie poniższych aplikacji: Data Editor i Comarch Data Warehouse Manager". Otrzymanie tej informacji zostało potwierdzone w tym samym dniu przez p. R. K. z adresu mailowego R..K.@fabrity.pl. Dowód ten przesądza, że Odwołujący został przez Zamawiającego poinformowany, zarówno o objętej przedmiotem zamówienia konieczności dostarczania pełnego wsparcia dla określonych aplikacji, jak również o podmiocie, który takiego wsparcia może udzielić. Powyższe koresponduje z pozostałymi wymaganiami ujętymi w treści SIWZ, tj. ujętymi w załączniku nr 1 do SIWZ OPZ – Ad. 1 pkt 2a, 2b, 2c oraz 2d czynnościami w postaci: usuwanie wad systemu i oprogramowania, informowanie Zamawiającego o udostępnionych nowych lub ulepszonych wersjach Systemu i Oprogramowania wykorzystywanych przez rozwiązanie Zamawiającego (w tym tych dla których Zamawiający nie posiada kodów źródłowych), dostarczanie nowych i ulepszonych wersji Systemu i Oprogramowania – na pisemne żądanie Zamawiającego zgłoszone po informacji Wykonawcy o dostępności nowej wersji lub aktualizacji Systemu lub Oprogramowania (w tym tych dla których Zamawiający nie posiada kodów źródłowych); wsparcie przy instalacji nowych wersji Systemu lub Oprogramowania, tylko w przypadku żądania Zamawiającego oraz wdrażanie nowych i ulepszonych wersji Systemu i Oprogramowania (w tym tych dla których Zamawiający nie posiada kodów źródłowych). Tabela ta, w ocenie Izby, dookreśla opis przedmiotu zamówienia wskazując na wymagania Zamawiającego wchodzące w skład czynności serwisowych dla Zarządczej Hurtowni Danych.

Jak zaś wynika z zaproszenia do złożenia oferty z dnia 10.10.2017 r. te elementy przedmiotu zamówienia wymuszały konieczność uzyskania wsparcia/subskrypcji od producenta oprogramowania, które jak wskazał Zamawiający, jest „niezbędne w przedmiotowym postępowaniu” (vide: treść maila z dnia 10.10.2017 r. – zaproszenie do złożenia oferty).

Dowód ten nie został przez Odwołującego w żaden sposób zakwestionowany, nie zaprzeczył On również faktom wykazanym przy jego użyciu – co Izba, oceniając zgromadzony materiał dowodowy, uznała za przyznanie tego faktu przez Odwołującego. Jednakże nawet gdyby Odwołujący zaprzeczył tym faktom takie zaprzeczenie byłoby bezskuteczne, gdyż wraz z tą informacją Odwołujący otrzymał zaproszenie do złożenia oferty, wzór umowy o poufności, SIWZ, IPU (załączniki do korespondencji mailowej z dnia 10.10.2017 r.). Tym samym w ocenie Izby Odwołujący został w tym dniu poinformowany przez Zamawiającego wprost o ciążyących na nim obowiązkach i wymaganiach związanych z aplikacjami Data Editor oraz Comarch Data Warehouse Manager. Zatem twierdzenia Odwołującego, że przedmiot zamówienia nie obejmował konieczności nabycia subskrypcji,

czy też wsparcia od wytwórcy oprogramowania pozostają w sprzeczności z ustalonym przez Izbę stanem faktycznym.

Co niezwykle istotne informacja skierowana do wykonawców (w tym Odwołującego) wraz z zaproszeniem do składania ofert (korespondencja mailowa z dnia 10.10.2017 r.) była konsekwencją korespondencji Zamawiającego z producentem oprogramowania – Comarch S.A. z dnia 25.07.2017 r. (odpowiedź na pismo BGK z dnia 20.07.2017 r.). Zamawiający próbował bowiem ustalić zasady korzystania i warunki cenowe dla innych potencjalnych wykonawców w celu zapewnienia świadczenia serwisu (umożliwienie innym wykonawcom prowadzenia prac serwisowych oraz rozwojowych). Oznacza to, że Zamawiający podjął działania zmierzające do „otwarcia” postępowania na konkurencję, zaś po uzyskaniu od Comarch S.A. informacji, że producent oprogramowania nie może złożyć takiej oferty BGK z możliwością jej przeniesienia na dowolnego wskazanego przez BGK wykonawcę. Jednakże Comarch S.A. w ww. korespondencji mailowej wskazał jednocześnie, że Comarch S.A. nie będzie brał udziału w postępowaniu oraz, że Autoryzowanym Partnerom, którzy wezmą w nim udział, zostaną zapewnione równe warunki handlowe ubiegania się o ww. zamówienie i że producent oprogramowania przygotuje i przekaze stosowną ofertę Autoryzowanym Partnerom Comarch, którzy się o to zwrócą, po uruchomieniu postępowania przetargowego. Powyższe poskutkowało przekazaniem przez Zamawiającego informacji o konieczności uwzględnienia w ofercie (a zatem w konsekwencji i w cenie ofertowej) konieczności uzyskania takiej oferty na, niezbędne w przedmiotowym postępowaniu – jak wskazał Zamawiający, wsparcie/subskrypcję w zakresie aplikacji Data Editor i Comarch Data Warehouse Manager.

Powyższe oznacza, że Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pełen zakres informacji koniecznych do prawidłowej identyfikacji, i co za tym idzie, prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia. Nie potwierdził się zatem, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 38 ust. 4 ustawy Pzp polegający na, zdaniem Odwołującego, zmianie opisu przedmiotu zamówienia po terminie otwarcia ofert.

Jednakże o oddaleniu zarzutów zawartych w treści odwołania zdecydowały przede wszystkim kwestie dowodowe i proceduralne. Otóż Izba ocenia zawarte w odwołaniu zarzuty w oparciu o okoliczności faktyczne, które stosownie do treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, winny zostać udowodnione stosownymi środkami dowodowymi. Zawarty w powyższym przepisie obowiązek dowody wymusza oparcie rozstrzygnięcia na faktach, które zostały wykazane w przeprowadzonym postępowaniu dowodowym. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał (nie udowodnił) faktów, na których oparł swoją argumentację. Jeżeli partner Odwołującego nie uzyskał od Comarch S.A. oferty związanej z modyfikacjami programów Data Warehouse Manager i Data Editor w wyniku toczony rozmów z przedstawicielami Comarch S.A., fakt ich prowadzenia powinien być przez Odwołującego udowodniony.

Odwołujący wskazywał, że jego partner otrzymał informacje, że producent nie subskrybuje modułów DWM Comarch oraz Data Editor i na rozprawie wskazał, że taka informacja została potwierdzona przez producenta również po wniesieniu odwołania (protokół z rozprawy z dnia 27.12.2017 r.). Jednakże fakty te nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób wykazane. Przeciwnie tezy zostały zaś wykazane dowodami złożonymi przez Zamawiającego i Przystępującego (vide: zaproszenia do złożenia oferty z dnia 10.10.2017 r. oraz oświadczenie Comarch S.A. z dnia 06.11.2017 r.). Oznacza to, że ujęta przez Odwołującego w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego, które oparte było o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (wyjaśnienia z dnia 10.11.2017 r. i 16.11.2017 r. - objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa) argumentacja potwierdza, że Odwołujący nie tylko nie wycenił istotnego elementu zamówienia, ale również uznał, wbrew postanowieniom SIWZ, że nie wchodzi on w zakres przedmiotowy zamówienia.

Powyższe, w ocenie Izby, wskazuje, że Zamawiający w sposób uprawniony odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Łączna ocena stanowiska Odwołującego prezentowanego w ramach wyjaśnień (pisma z dnia 10.11.2017 r. i 16.11.2017 r.) oraz prezentowanego przez Odwołującego na rozprawie (w dniu 22 i 27 grudnia 2017 r.) pozwala uznać za przyznany fakt nie uwzględnienia w ofercie czynności wsparcia, rozwoju, modyfikacji (w tym obowiązku informowania o nowych wersjach systemu i dostarczaniu ich na żądanie Zamawiającego) dla aplikacji Comarch Data Warehouse Maganer i Comarch Data Editor.

Mając na uwadze powyższe nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe nie doszło również do naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty CA Consulting S.A. znalazła potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym i prawnym.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

