

Sygn. akt: KIO 68/18

WYROK

z dnia 31 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum: S&T Poland Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21d 02-676 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Informatyki Resortu Finansów ul. Samorządowa 1 26-601 Radom**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: S&T Poland Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21d 02-676 Warszawa** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: S&T Poland Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21d 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Konsorcjum: S&T Poland Sp. z o.o., S&T Services Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21d 02-676 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Radomiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług serwisu technicznego pogwarancyjnego dla sprzętu serwerowego (serwerów, macierzy, przełączników FC, bibliotek taśmowych, wirtualizatora macierzy)” – część I, nr PN/6/17/VAD. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 2017/S 214-44480 pod adresem <http://ted.europa.eu/TED/notice/udl?uri=TED:NOTICE:444880-2017:TEXT:PL:HTML>

Odwołujący: Konsorcjum S&T, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

- a. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę - Comtegra S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Comtegra”), z uwagi na to, że:
 - i. jej treść nie odpowiada treści siwz - ZARZUT#1;
 - ii. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia - ZARZUT#2;
 - iii. jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej jako: „u.z.n.k.”) - ZARZUT#3;
- b. zaniechania wezwania Comtegra do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - ZARZUT#4;
- c. zaniechania odtajnienia wyjaśnień Comtegra w zakresie rażąco niskiej ceny - ZARZUT#5;
- d. wyboru oferty złożonej przez Comtegra jako najkorzystniejszej w I części Postępowania - ZARZUT#6;
- e. zaniechania wyboru oferty Konsorcjum S&T jako najkorzystniejszej w I części Postępowania - ZARZUT#7;

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a. art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comtegra mimo jej niezgodności z SIWZ;
- b. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Comtegra wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Comtegra, mimo iż wyjaśnienia Comtegra potwierdzają, że cena oferty oraz jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu Zamówienia;

c. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, przez zaniechanie odrzucenia oferty Comtegra pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu świadczenia usług poniżej rzeczywistych kosztów ich świadczenia;

d. art. 87 ust. 1 pzp., przez zaniechanie wezwania Comtegra do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;

e. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Comtegra dotyczących rażąco niskiej ceny, pomimo iż informacje te nie spełniają przesłanek niezbędnych dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

f. art. 7 ust. 1 i 3 pzp, przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów pzp;

g. art. 91 ust. 1 pzp, poprzez wybór oferty Comtegra jako oferty najkorzystniejszej w I części, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w Postępowaniu za najkorzystniejszą w I części Postępowania powinna zostać uznana oferta złożona przez Konsorcjum S&T;

3. stawiając powyższe zarzuty wnosi o uwzględnienie odwołania go w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w I części Postępowania;

b. odrzucenie oferty Comtegra;

c. wybór oferty Konsorcjum S&T jako najkorzystniejszej w I części Postępowania;

ewentualnie:

d. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w I części Postępowania;

e. dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w I części Postępowania;

f. odtajnienie wyjaśnień Comtegra w zakresie rażąco niskiej ceny;

g. wezwanie Comtegra do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;

4. wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie załączonych dowodów na okoliczności wskazane w treści Odwołania.

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył ofertę w ramach I części Postępowania, a oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Jednocześnie oferta, która została sklasyfikowana na pierwszym miejscu - tj. oferta Comtegra - podlega, w ocenie Odwołującego, odrzuceniu, a zatem w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta Odwołującego stanie się ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej na swojej stronie internetowej w dniu 2 stycznia 2018 r. W tym samym dniu Zamawiający przesłał tę informację drogą elektroniczną Odwoływacemu.

Następnie Odwoływający wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji Postępowania w dniu 3 stycznia 2018 r., jednak Zamawiający udostępnił ją Odwoływacemu w części niestanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa dopiero w dniu 8 stycznia 2018 r. Wtedy też Odwoływający dowiedział się o utajnieniu przez Comtegra wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W zakresie stawianych zarzutów (poza zarzutem zaniechania odtajnienia wyjaśnień Comtegra w zakresie rażąco niskiej ceny) Odwoływacemu przysługuje prawo do wniesienia Odwołania w terminie 10 dni od dnia 2 stycznia 2018 r., a więc do dnia 12 stycznia 2018 r. Z kolei w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień Comtegra dotyczących rażąco niskiej ceny, Odwoływacemu przysługuje prawo do wniesienia Odwołania w terminie 10 dni od dnia 8 stycznia 2018 r., a więc do dnia 18 stycznia 2018 r.

UZASADNIENIE

[ZARZUT#1 - niezgodność oferty Comtegra z SIWZ]

1. Odwoływający zarzuca Zamawiającemu, że pomimo niezgodności oferty Comtegra z SIWZ, oferta ta nie została przez niego odrzucona. Zaniechanie to skutkuje naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.
2. Przedmiotem Zamówienia jest świadczenie usług serwisu technicznego pogwarancyjnego. Zamówienie to zostało podzielone przez Zamawiającego na 2 części:
 - a. część I - dla serwerów oraz innych urządzeń;
 - b. część II - dla macierzy, przełączników FC, bibliotek taśmowych, wirtualizatora macierzy.
3. Zgodnie z pkt 1.3 SIWZ, szczegółowy zakres i zasady realizacji części I przedmiotu Zamówienia zawiera Wzór Umowy stanowiący Załącznik C 1 do SIWZ (dalej jako: „Umowa”).
4. Zgodnie z definicją zawartą w Umowie, przez „Oprogramowanie Standardowe” należy rozumieć oprogramowanie (w szczególności firmware, oprogramowanie zarządzające) zainstalowane na Sprzęcie określonym w Umowie.
5. Jednocześnie, w świetle § 4 Umowy, szczegółowy zakres świadczonej usługi serwisu technicznego pogwarancyjnego obejmuje m.in.:
 - a. usuwanie wad Sprzętu i /lub Oprogramowania Standardowego (pkt 1.1);
 - b. aktualizację Oprogramowania Standardowego do zalecanej przez producenta Sprzętu wersji, w terminie 14 dni od momentu przesłania Zgłoszenia Serwisowego, którego wzór stanowi Załącznik nr 12 do Umowy (pkt 1.3);

c. zapewnienie dostępu do portalu, z którego Zamawiający może sam pobrać Oprogramowanie Standardowe i jego aktualizacje (pkt 1.7).

6. Realizacja przedmiotu Zamówienia w powyższym zakresie (usuwanie wad, aktualizacja, zapewnienie dostępu do portalu), w odniesieniu do firmware, wymaga wsparcia technicznego oraz dostępu udzielonego przez producenta oprogramowania. Firmware to bowiem nic innego jak oprogramowanie zainstalowane na stałe w urządzeniu (mikrokod), zapewniające podstawowe procedury jego obsługi. Wsparcie techniczne producentów oprogramowania realizowane jest zaś przez nich na terenie Polski bezpośrednio lub poprzez ich autoryzowanych dystrybutorów/partnerów.

7. Comtegra nie jest zatem w stanie zrealizować ww. zakresu przedmiotu Zamówienia bez wsparcia technicznego od producenta firmware (mikrokodu). W świetle powyższego wsparcie takie Comtegra mogłaby zaś uzyskać na dwa sposoby:

a. poprzez zawarcie dedykowanych kontraktów serwisowych z producentami firmware lub; poprzez zawarcie dedykowanych kontraktów z autoryzowanymi dystrybutorami firmware.

8. Z informacji jakie posiada Odwołujący wynika, że Comtegra w ogóle nie występowała do producentów firmware z zapytaniem ofertowym dotyczącym dedykowanego wsparcia technicznego na potrzeby realizacji przedmiotu Zamówienia, mając przy tym pełną świadomość, że zapewnienie sobie takiego wsparcia (w oparciu o dedykowaną umowę) było konieczne już w momencie składania oferty - m.in. w celu prawidłowej kalkulacji oraz wliczenia tych kosztów w cenę oferty.

9. Wskazują na to także jednoznacznie ceny zaoferowane przez Comtegrę. Ceny oferowane swoim klientom/partnerom za wsparcie serwisowe przez producentów firmware zainstalowanego na sprzęcie Zamawiającego (np. HP, IBM/Lenovo) - który objęty jest przedmiotem Zamówienia - przekraczają bowiem ceny zaoferowane przez Comtegrę w Postępowaniu. Świadczy to o tym, że Comtegra nie objęła tych usług swoją ofertą, co z kolei oznacza, iż nie będzie ona w stanie zrealizować Umowy w określonym powyżej zakresie, a w konsekwencji - że złożona przez nią oferta jest niezgodna z SIWZ.

[ZARZUT#2 - rażąco niska cena]

10. W dalszej kolejności Odwołujący podnosi, że cena zaoferowana przez Comtegrę za realizację I części przedmiotu Zamówienia jest rażąco niska. Pomimo to, Zamawiający, po uzyskaniu wyjaśnień od Comtegry, nie odrzucił oferty tego wykonawcy, naruszając tym samym art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 pzp.

11. Cena zaoferowana przez Comtegrę za realizację I części Zamówienia - 2.631.038,88 zł jest niższa o blisko 36% od wartości Zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania - tj. 4.114.590 zł. Zgodnie z art.

90 ust. 1a pzp konsekwencją takiego stanu rzeczy było zwrócenie się przez Zamawiającego do Comtegry o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W świetle art. 90 ust. 1 pzp wyjaśnienia takie powinny dotyczyć w szczególności:

- a. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- b. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- c. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- d. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- e. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

12. Comtegra złożyła wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w dniu 6 grudnia 2017 r. Choć Odwołujący nie uzyskał dostępu do treści tych wyjaśnień - zostały one bowiem bezpodstawnie zastrzeżone przez Comtegrę jako tajemnica przedsiębiorstwa - z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością należy stwierdzić, iż wyjaśnienia te nie spełniają wymagań określonych w ustawie. Nie pozwalają tym samym na obalenie powstałego domniemania, iż cena zaoferowana przez Comtegrę jest rażąco niska - zgodnie bowiem z art. 90 ust. 2 pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

13. W przypadku przedmiotowego Zamówienia, istotnym elementem cenotwórczym jest uzyskanie wsparcia technicznego od producentów oprogramowania standardowego (firmware), o którym była mowa już wcześniej. Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, Comtegra na dzień złożenia oferty nie zapewniła sobie takiego wsparcia. Wniosek taki wypływa z faktu, iż Comtegra nie zwracała się do producentów firmware z zapytaniem ofertowym dotyczącym dedykowanego wsparcia technicznego na potrzeby realizacji przedmiotu Zamówienia oraz nie zawierała w tym zakresie wiążących umów z producentami.

14. Zgodnie z wcześniejszymi uwagami, wykonawcy biorący udział w Postępowaniu powinni zagwarantować sobie odpowiedni zakres uprawnień licencyjnych dla oprogramowania firmware od producentów danego sprzętu. W tym celu wykonawcy powinni zawrzeć tzw. kontrakty serwisowe z producentami poszczególnych rodzajów sprzętu. Wartość tych kontraktów jest różna i zależy m.in. od oferty, którą wykonawca otrzyma od przedstawiciela producenta danego sprzętu. Z formularza cenowego Comtegry oraz ceny

oferty Comtegry wynika natomiast, że takie kwoty nie zostały przez Comtegrę uwzględnione w cenie oferty.

15. Ceny oferowane za wsparcie serwisowe przez producentów firmware zainstalowanego na sprzęcie Zamawiającego (np. HP, IBM/Lenovo) - który objęty jest przedmiotem Zamówienia - przekraczają ceny zaoferowane przez Comtegrę. Dotyczy to zarówno cen oferowanych bezpośrednio przez producenta jak i jego autoryzowanych dystrybutorów. Nie ma zatem możliwości, aby Comtegra mogła wkalkulować te koszty w swoją ofertę, bez ponoszenia straty.

16. Co bardzo istotne, w obecnie obowiązującym stanie prawnym Zamawiający powinien weryfikować ceny ofertowe nie tylko na poziomie ich wartości sumarycznej, ale także wartości ich poszczególnych, istotnych składników {np. poszczególnych pozycji kosztorysowych).

17. Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, iż Comtegra nie wkalkulowała kosztów wsparcia technicznego producenta w cenę oferty. Oznacza to, że cena zaoferowana przez Comtegrę uniemożliwia wykonanie przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Zamawiający zobowiązany był tym samym odrzucić ofertę Comtegry na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

18. Nadto, Odwołujący wskazuje, iż powyższa kwestia powinna zostać szczegółowo wyjaśniona w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej złożonych przez Comtegrę. Należy przy tym podkreślić, iż wyjaśnienia nie mogły ograniczać się tylko do twierdzeń, lecz powinny być poparte dowodami. Szczególnie dowody te są wymagane, jeżeli o poziomie określonych kosztów nie decyduje sam wykonawca, lecz zobligowany jest on do zakupu określonych dóbr czy usług od podmiotów trzecich stosujących określone zasady wyceny i których cena w ogóle nie jest lub w istotny sposób nie jest zależna od jakichkolwiek czynników indywidualnych przynależnych danemu wykonawcy. Złożenie dowodów należy uznać za niezbędne także wówczas, gdy wskazuje na to Zamawiający w treści wezwania.

19. W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 pzp, Zamawiający powinien badać nie wyłącznie poprzez zsumowanie podanych w nich wartości kosztów, ale także zweryfikować realność poczynionych założeń decydujących o ich poziomie, w tym co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności niezbędnych do wykonania w ramach przedmiotu zamówienia. Konieczne jest także, aby Wykonawca wykazał, a Zamawiający zbadał, czy przywoływane okoliczności przysługują indywidualnie Wykonawcy, uzasadniając w sposób jednoznaczny i przekonujący zaoferowaną cenę (tak wyrok KIO z 18 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2301/15, KIO 2302/15).

20. W konsekwencji powyższego należy więc uznać, iż wyjaśnienia złożone przez Comtegrę potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia. Zamawiający zobowiązany był tym samym odrzucić ofertę Comtegrę na podstawie art. 90 ust. 3 pzp.

[ZARZUT#3 - czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu przez Comtegra świadczenia usług poniżej rzeczywistych kosztów ich świadczenia]

21. Odwołujący wskazuje także, iż oferta złożona przez Comtegrę powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk.

22. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 15 ust. 1 zawiera katalog zachowań przedsiębiorców stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji. Punkt 1 ww. artykułu za czyn nieuczciwej konkurencji rozumie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

23. W Postępowaniu Comtegra zaoferowała usługi, których nie może realizować bez wykupienia wsparcia od producenta, tj. za cenę niższą, niż cena, za którą sama je może nabyć. Zaoferowanie ceny usług poniżej rzeczywistych kosztów w przedmiotowym Postępowaniu doprowadzi do uzyskania Zamówienia przed Comtegrę, utrudniając tym samym, a wręcz uniemożliwiając innym wykonawcom realizację Zamówienia.

24. Pozostali wykonawcy nie są w stanie rywalizować z przedsiębiorcą, który oferuje wykonanie Zamówienia za cenę, która nie zagwarantuje mu zysku lub spowoduje, że realizacja Umowy będzie naruszała prawa osób trzecich lub będzie sprzeczna z Umową. W świetle zasad uczciwej konkurencji za niedopuszczalne uznaje się także „przerzucanie” kosztów świadczenia usługi pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia i oferowanie części usług poniżej kosztu ich nabycia.

25. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień uznk stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, co potwierdza m.in. Wyrok SO w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 roku, sygn. akt II Ca 431/07: „Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej .”

26. W związku z powyższym oferta Comtegrę powinna zostać odrzucona także na podstawie wspomnianego powyżej art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

[ZARZUT84 - zaniechanie wezwania Comtegra do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty]

27. W dalszej kolejności Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający zaniechał wezwania Comtegrę do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie uzyskania przez Comtegrę wsparcia technicznego od producenta oprogramowania standardowego lub jego autoryzowanych dystrybutorów (firmware) potrzebnego m.in. do usuwania wad firmware, jego aktualizacji oraz zapewnienia dostępu do portalu, z którego Zamawiający może sam pobrać oprogramowanie standardowe i jego aktualizacje. Zaniechanie to skutkuje naruszeniem art. 87 ust. 1 pzp.

28. W opinii Odwołującego Zamawiający powinien nabrać poważnych wątpliwości co do tego, czy Comtegra faktycznie takie wsparcie sobie zapewniła. Wątpliwości takie powinien wzbudzić przede wszystkim poziom zaoferowanych cen (zarówno całkowita cena oferty jak i ceny ujęte w poszczególnych pozycjach kosztorysowych).

29. Nawet jeśli Zamawiający nabrać takich wątpliwości już po formalnej ocenie oferty Comtegra z punktu widzenia rażąco niskiej ceny dokonanej na podstawie art. 24aa pzp (procedura odwrócona), mógł i powinien on wyjaśnić tę kwestię na dalszym etapie Postępowania, w trybie art. 87 ust. 1 pzp.

30. Zaniechanie wezwania Comtegra do wyjaśnień treści złożonej oferty stanowi zatem naruszenie art. 87 ust. 1 pzp. W tym kontekście należy bowiem wskazać, iż z treści art. 87 ust. 1 pzp wypływa nie tylko uprawnienie Zamawiającego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, lecz także zobowiązanie do takiego działania w celu rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli zatem Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do oferty złożonej przez Comtegra (a takich wątpliwości Zamawiający powinien nabrać m.in. z uwagi na korespondencję, która była kierowana do niego przez innych wykonawców), to był on zobligowany do wezwania Comtegrę do wyjaśnień. Kwestia podlegająca wyjaśnieniu bezpośrednio wpływała bowiem na ocenę oferty złożonej przez Comtegrę. Stanowisko takie znajduje szerokie poparcie w orzecznictwie KIO:

a. wyrok KIO z 30 stycznia 2017 r. (KIO 117/17): „Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień, jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty”;

b. wyrok z 28 listopada 2016 r. (KIO 2076/16): „Należy podkreślić, że Zamawiający jest zobowiązany wziąć pod uwagę całość złożonej przez Wykonawcę oferty wraz ze złożonymi wyjaśnieniami. Wszelkie zaś nieprawidłowości, wyjaśnić.”

[ZARZUT#5 - zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Comtegra dotyczących rażąco niskiej ceny]

31. Odwołujący wskazuje także, iż Zamawiający niezasadnie odmówił udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Comtegrę w zakresie rażąco niskiej ceny. Tym samym wykonawca ten dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk.

32. Jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych jest jawność postępowania, a zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi jedynie wyjątek od tej zasady. Zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp., w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zatem jedynie ogólnie opisać, dlaczego jego zdaniem zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bez udowodnienia tych okoliczności poprzez załączenie odpowiednich dowodów.

33. Zamawiający nie może bezrefleksyjnie uznać zastrzeżenia całych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą bowiem podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania. W związku z powyższym, Odwołujący wskazuje na nieprawidłowość podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach Comtegra jako tajemnica przedsiębiorstwa.

34. Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

35. Mając na uwadze orzecznictwo KIO, nie można uznać za skuteczne zastrzeżenie jawności oferty wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uznanie przez Zamawiającego takiego zastrzeżenia za skuteczne stanowi naruszenie nie tylko zasady jawności postępowania, tj. art. 8 ust. 1-3 pzp, ale także zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania zapewniając zachowanie uczciwej konkurencji.

36. KIO stoi na stanowisku, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także udowodnienia. Powyższe potwierdza m.in. w wyroku z 26 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 297/16): „Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów; nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach na dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechać zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji.”

37. Comtegra, powinna wykazać, iż w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie złożonej w Postępowaniu jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjęło szereg, odpowiednich działań polegających na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom.

38. Powyższe oznacza m.in. konieczność udowodnienia, iż informacje i dokumenty zastrzeżone przez Comtegrę jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są informacjami powszechnie dostępnymi oraz nigdy nie były przez niego ujawniane do publicznej wiadomości. Stanowi to bowiem jedną z przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, na co jednoznacznie wskazuje w wyroku z 25 października 2006 r. SA we Wrocławiu (sygn. akt I ACa 947/06) stwierdzając, iż „Wykładnia przepisu art. 11 ust. 4 uznk prowadzi do wniosku, znajdującego też potwierdzenie w orzecznictwie sądowym, iż zakresem owej tajemnicy nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć (zob. wyrok SN z 5 września 2001 roku, I CKN1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67)”.

39. Comtegra powinna była także wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca ten podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Zaliczyć do nich można byłoby m.in. ewentualnie wprowadzone

przez wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Okoliczności te powinny być zostać poparte odpowiednimi dowodami, takimi jak m.in. polityka ochrony informacji poufnych czy polityka wewnętrznego obiegu dokumentów.

40. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa powinna mieć jedynie ograniczona, kontrolowana przez wykonawcę grupa osób, a uzyskanie tych informacji możliwe powinno być jedynie po spełnieniu określonych warunków (np. zalogowaniu się do systemu wewnętrznego firmy, co może wymagać od pracownika podania indywidualnego loginu oraz hasła dostępu).

41. Ochronie informacji poufnych mogą służyć także postanowienia umów z pracownikami czy indywidualne umowy o zachowaniu poufności, kwestia ta nie została jednak przez wykonawcę wyjaśniona. Nie wykazano także czy wykonawca stosuje także odpowiednie środki ochrony w relacjach ze swoimi kontrahentami, jak np. ogólne warunki sprzedaży.

42. Prawdopodobność wymogu udowodnienia powyższych działań, do celów uznania, iż wykonawca podejmuje stosowne kroki w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji potwierdza stanowisko KIO w wyroku z 21 czerwca 2011 roku (sygn. akt KIO 1195/11), w którym wskazano, że: „Do działań podejmowanych w celu zachowaniu poufności informacji można zaliczyć przykładowo: klauzule umowne, zawarte zobowiązania do ochrony informacji stanowiących tajemnicę innych podmiotów, wewnętrzne regulaminy”.

43. Zgodnie z wyrokiem KIO 1384/14: „(...) w sytuacji, gdy rzeczywiście dana informacja ma charakter poufny, wykonawca powinien okoliczność tę wykazać w taki sposób, aby poufność tej informacji nie budziła wątpliwości. Wykonawca powinien udowodnić, że informacja ma charakter poufny i że wykonawca strzeże poufności tej informacji. Okoliczności tych nie można się domyślać, ani domniemywać, lecz powinny one zostać udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania”.

44. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Comtegry w zakresie rażąco niskiej ceny jest nieuprawnione i sprzeczne z pzp oraz uznk - nie zasługuje zatem na ochronę prawną.

[ZARZUTY#6 i 7- wybór oferty najkorzystniejszej]

45. Czynności i zaniechania Zamawiającego opisane w ramach Zarzutów#1-5 prowadzą do wniosku, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Comtegra oraz wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum S&T, jako oferty najkorzystniejszej w I części Postępowania.

46. W konsekwencji, Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Stwierdził, że odwołanie oparte jest na błędnych hipotezach, a w konsekwencji prowadzi do błędnych wniosków.

Zamawiający podniósł, iż odwołujący zakłada, że do realizacji zamówienia wykonawca musi mieć zawarte umowy wsparcia technicznego z producentami lub dystrybutorami oprogramowania serwisowego (firmware). Tezę uznaje za nieprawdziwą. Zamawiający w żadnym punkcie siwz nie wskazywał, iż wykonawcy zobowiązani są do zawierania z producentami lub dystrybutorami oprogramowania firmware umów w przedmiocie wsparcia technicznego. Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji zamówienia w różnych modelach (konfiguracjach).

Oczywiście dopuszczalne jest świadczenie serwisu pogwarancyjnego przez wykonawcę, który dysponuje pełnym wsparciem producenta oprogramowania. W takim przypadku główny ciężar realizacji zamówienia zostaje przekierowany z wykonawcy na autoryzowany serwis producenta. Takie rozwiązanie preferuje w swoim stanowisku odwołujący.

Możliwa jest również realizacja przedmiotowego zamówienia bezpośrednio przez wykonawcę, przy wykorzystaniu własnego potencjału do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedniej kadry specjalistów, przy jednoczesnym zapewnieniu przez podmiot zewnętrzny wyłącznie aktualizacji oprogramowania firmware.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług serwisu pogwarancyjnego dla sprzętu serwerowego, w związku z tym zamawiający nie ogranicza możliwych modeli realizacji zamówienia, dla zamawiającego istotny jest efekt końcowy, a nie metodologia działania wykonawcy, która doprowadziła do osiągnięcia zamierzonego rezultatu.

W ocenie zamawiającego, zobowiązanie wykonawców do obligatoryjnego zapewnienia pełnego wsparcia autoryzowanego serwisu, prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców jedynie do tych podmiotów, które dysponują odpowiednimi powiązaniem biznesowymi z producentami oprogramowania. Tym samym wykonawcy „niezależni” w stosunku do producentów oprogramowania, byłiby pozbawieni możliwości ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podsumowując, błędne jest założenie przyjęte przez konsorcjum odwołującego, iż do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca jest bezwzględnie zobowiązany do zapewnienia pełnego wsparcia producenta oprogramowania firmware. Okoliczność ta jest znacząca dla oceny zarzutów odwołania opartych na błędnym, wyżej wskazanym założeniu.

Odnosnie zarzutu niezgodności treści oferty Comtegra z treścią siwz zamawiający stwierdził, że oferta kwestionowana jest w całości zgodna ze wszystkimi postanowieniami specyfikacji. Postawiony zarzut jest nieprecyzyjny, nie wskazano, wprost jakie postanowienie (sformułowanie) oferty jest niezgodne z którym z elementów siwz. Twierdzenie, iż oferta nie

obejmuje swym zakresem całości przedmiotu zamówienia jest nieprawdziwe – z treści oferty wynika, że obejmuje ona swym zakresem całości przedmiotu zamówienia, zaoferowana cena usług obejmuje pełen zakres świadczeń wymaganych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia oraz wzorze umowy.

Wykonawca podał w ofercie całkowity i realny koszt realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszty wykonania przedmiotu umowy uwzględniające również wycenę kosztów serwisu, wsparcia, dostępu do części oraz wycenę kosztów zasobów własnych do świadczenia usługi serwisu technicznego pogwarancyjnego dla wyszczególnionego w siwz sprzętu.

Zarzut odwołującego nie znajduje oparcia w zgromadzonej dokumentacji postępowania. W formularzu ofertowym spółka Comtegra oświadczyła, że „zaoferowana cena brutto podana w niniejszym formularzu zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, jakie ponosi zamawiający w przypadku wyboru niniejszej oferty”. Zamawiający nie stwierdził nieprawdziwości informacji lub nierzetelności ich przedstawienia i z tego względu uznaje zarzut na nietrafiony.

W sprawie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Comtegra jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający stwierdził, że należy badać i oceniać złożone oferty. Zauważył, że cena zaoferowana przez Comtegra w wysokości 2 632 038,88 zł jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę do wyjaśnienia wątpliwości odnośnie wyliczenia ceny oferty.

W wyniku dokonanej oceny wyjaśnień uznał, że cena wskazana w ofercie spółki jest ceną rynkową gwarantującą należyłą realizację przedmiotu zamówienia.

Wskazał na treść wezwania z 5.12.2017 r. i wyjaśnień spółki z 6.12.2017 r.

W ramach procedury wyjaśnienia braku rażąco niskiej ceny, wykonawca Comtegra rozwiązał wątpliwości zamawiającego wskazując, iż przyjęty przez niego model realizacji zamówienia oparty jest na potencjalnie własnym wykonawcy, nie będzie więc ponosił kosztów pełnego wsparcia technicznego dla oprogramowania firmware. W wyjaśnieniu wynika, że w kalkulacji cenowej został ujęty koszt aktualizacji oprogramowania standardowego. Dodatkowo, przyjęte założenia w zakresie czasochłonności pracy oraz realnego kosztu czynności koniecznych do realizacji zamówienia pozostają na rynkowym poziomie.

Zamawiający wziął pod uwagę orzecznictwo sądów powszechnych, wskazujące, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego

podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie ceny niskiej. Te dwa pojęcia nie są tożsame (wyrok SO w Katowicach z 21.06.1010 r. sygn.. akt XIX Ga 175/10).

Zamawiający uwzględnił także pogląd KIO prezentowany w szeregu orzeczeń, zgodnie z którym, za cenę Rażąco niską uznaje się „cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem cenę odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (KIO/UZP 1605/10 z 12.08.2010 r.) Ponadto w KIO 798/14 stwierdzono, iż „ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe”.

Jednocześnie zamawiający podkreślił, że w wezwaniu do wyjaśnień nie wskazywał szczegółowo sposobu dokonania wyjaśnień co pozwalało wykonawcy na sporządzenie ich wg własnej metodyki. Uznaje, że cena nie jest rażąco niska.

Odnośnie zarzutu złożenia oferty stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji zamawiający wskazał, jak wyżej, że cena wskazana w ofercie, co potwierdziły wyjaśnienia, jest ceną rynkową, uwzględniającą wszystkie koszty realizacji zamówienia oraz zapewniającą wykonawcy zysk. Argumentacja przedstawiona w zakresie braku rażąco niskiej ceny oferty jest aktualna również w stosunku do niniejszego zarzutu, nie została zatem ponownie przytoczona. Wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach zarówno elementy kosztów oraz zakładany zysk /marżę/, co jasno potwierdza iż cen za wykonanie usług nie jest ceną poniżej rzeczywistych kosztów. Zamawiający wskazuje, że brak jest jakichkolwiek przesłanek do uznania, iż działania podejmowane przez spółkę Comtegra w niniejszym postępowaniu są ukierunkowane na eliminację innych przedsiębiorców.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Comtegra do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty zamawiający uznaje, że nie było podstaw do wzywania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 do wyjaśnień treści oferty.

Zamawiający wymagał wyceny wszystkich wymienionych pozycji sprzętu zawartych w formularzu oferty stanowiącym zał. A1 do siwz dla części I. Wykonawca Comtegra prawidłowo wypełnił wszystkie wymagane pozycje w formularzu podając m.in. ceny za świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego za 1 okres rozliczeniowy oraz łączną ceną za usługę serwisu pogwarancyjnego będącego iloczynem ilości sprzętu, ceny za świadczenie usługi serwisu pogwarancyjnego za 1 okres rozliczeniowy oraz ilość okresów rozliczeniowych podanych przez zamawiającego.

Ponadto zamawiający zauważa, że podstawą do wezwania Comtegra do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp nie jest poziom zaofertowanych cen, bowiem element ceny był przedmiotem wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Odnosnie zarzutu (nr 5) zaniechania odtajnienia wyjaśnień Comtegra w zakresie rażąco niskiej ceny, zamawiający wyjaśnił, że dnia 18 stycznia 2018 r. dokonał odtajnienia części wyjaśnień spółki Comtegra z dnia 6 grudnia 2017 r. dotyczących rażąco niskiej ceny. W wyniku dodatkowej weryfikacji zamawiający uznał, że nie wszystkie z informacji utajnionych spełniają kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwolujący został poinformowany o fakcie odtajnienia części wyjaśnień spółki Comtegra, otrzymał również od zamawiającego wyjaśnienia spółki w wersji częściowo odtajnionej przez zamawiającego.

W związku z tym zamawiający zauważa, że zarzut zaniechania odtajnienia oferty może obejmować jedynie zakres zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie ze stanem na dzień 18 stycznia 2018 r. Z art. 191 ust. 2 ustawy pzp wynika, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania tj. istniejący w chwili orzekania czyli istniejące w chwili orzekania okoliczności faktyczne i prawne.

Natomiast w zakresie części wyjaśnień spółki Comtegra, które nie zostały przez zamawiającego ujawnione, zarzut zaniechania odtajnienia uznał za nieuzasadniony.

W ocenie zamawiającego, informacje nieujawnione spełniają kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 znku. Zastrzegając nieujawnione informacje Cimtegra skutecznie wykazała, iż są to informacje o charakterze technicznym i organizacyjnym, w tym informacje o przyjętej strategii konstruowania oferty i metodzie realizacji zamówienia, szacowanej marży, know-how wykonawcy, kosztach dostawy elementów przedmiotu zamówienia oraz wysokości ponoszonych kosztów i uzyskiwanych rabatów. Są to więc informacje o charakterze technicznym i organizacyjnym, posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy.

Comtegra wykazała również, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do informacji publicznej, pozostają w dyspozycji ograniczonego kręgu pracowników wykonawcy, w związku ze środkami technicznymi i organizacyjnymi zastosowanymi przez wykonawcę w celu zapewnienia poufności informacji.

Zastrzeżenie tego rodzaju informacji jest w branży informatycznej w zasadzie praktyką powszechną. W przedsiębiorstwach informatycznych, których funkcjonowanie oraz konkurencyjność opiera się na wiedzy, ujawnienie tego rodzaju danych niewątpliwie mogłoby zagrozić interesom wykonawcy.

W przedstawionych okolicznościach, zamawiający był zobligowany do uwzględnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w takim kształcie, w jakim zastrzeżenie zostało utrzymane w piśmie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r.

Zamawiający na poparcie poprawności podjętych działań wskazał na orzeczenie KIO 1015/17: „Pojęcie „wykazał” użyte w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie jest równoznaczne z pojęciem „udowodnił” lub „przedstawił dowody”, które wprost nie zostały w tym przepisie użyte, a uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w omawianym art. 8 ust. 3 chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak jak to uczynił literalnie – w co najmniej kilku przepisach ustawy.”

W wyroku KIO 2233/16 Izba wskazała: „Dopuszczalnym jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu czy oświadczenia składanego w wyniku wyjaśnień i złożenia stosownego uzasadnienia co do poczynionego zastrzeżenia najpóźniej z chwilą złożenia owego oświadczenia lub dokumentu.”

W zakresie zarzutu dokonania wyboru oferty Comtegra jako najkorzystniejszej oraz zarzutu zaniechania wyboru oferty odwołującego Konsorcjum zamawiający stwierdził, że dokonał wyboru oferty spółki Comtegra zgodnie z kryteriami oceny oferty określonymi w siwz, a więc zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy pzp. W związku z brakiem zasadności zarzutów odwołania, w konsekwencji również ostatnie zarzuty zamawiający uznał za niezasadne i podlegające oddaleniu.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący podtrzymuje zarzuty i żądania odwołania, jednocześnie zakwestionował stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie.

Przypomniał przedmiot zamówienia, w tym opisany we wzorze umowy i załącznikach. Wskazał na wykaz sprzętu (zał. 9), zauważając, że dotyczy on producentów IBM i HP. Przypomniał, że elementem umowy jest zapewnienie aktualizacji oprogramowania, które są dokonywane ze znaczną częstotliwością. Przedstawił wydruki z datami aktualizacji oprogramowania dla serwerów oraz obudów. Przypomniał zakres świadczenia usługi opisany w § 4 pkt 1.1,1.3,1.7. wzoru umowy. Stwierdził, że wykonanie wymienionych obowiązków nie jest możliwe bez wykupienia pełnego pakietu wsparcia od producenta. Złożył wydruk z prowadzonej korespondencji, ze wskazaniem takiego wymogu w pkt 2 pisma. Złożył informację cenową firmy Veracomp (autoryzowany przedstawiciel HP) uzyskaną przez odwołującego stwierdzając, iż nie jest możliwe uzyskanie niższej ceny, co potwierdza treść odpowiedzi nr 1 z pisma HP. Stwierdził, że wykonawca Comtegra S.A nie zwracał się do producenta o ofertę cenową lub inne informacje związane z przedmiotowym

postępowaniem. Złożył informacje firmy TD-AS z ofertą cenową na 6 elementów firmy IBM. Stwierdził, że Comtegra nie uwzględniła niezbędnych elementów, które wymagają współpracy ze wskazanymi producentami tj. HP i IBM. Zauważył, że łączny koszt wsparcia technicznego wynikający ze złożonych dokumentów daje kwotę ok. 3,5 mln złotych brutto przy cenie oferty Comtegra deklarującej samodzielne wykonanie zamówienia za kwotę ok. 2 631 038 zł. Wskazał na możliwy do uzyskania zakres usług od producenta wynikający z treści korespondencji niewykonalny w częściach sugerowanych przez zamawiającego. Wskazał na punkt 2 odpowiedzi HP z 28 stycznia 2018 roku. Wskazał na ogólnikowość argumentów wykonawcy o zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz samych wyjaśnień wykonawcy stwierdzając, iż nie zostało potwierdzone objęcie ofertą wymaganych świadczeń. Wobec częściowego odtajnienia informacji przez zamawiającego żądał nakazania odtajnienia składników cenowych opisanych w załączniku do wyjaśnień elementów kalkulacji cenowej z wyłączeniem cen. Stwierdził, że z oferty i wyjaśnień Comtegry nie wynika konkretny model świadczenia przez niego usługi. Zauważył, że także zamawiający przyznał, że do udziału w realizacji zamówienia ze względu na jego przedmiot niezbędny jest udział producenta. Przypomniał treść korespondencji z HP i możliwą pozycję biznesową Comtegra z HP lub jego dystrybutorami. Podkreślił brak dowodów wykonawcy wymaganych zgodnie z art. 90 ust 1. Zanegował walor dowodowy wyceny firmy Forteca pozyskanej przez zamawiającego, która nie obejmuje najdroższego cenowo elementu oferty (pozycja 1) dotyczącej wyłącznie urządzeń, a nie oprogramowania i odnoszącej się tylko do dwóch serwisów tj. niezgodnie z wymogami paragrafu 4 umowy. Stwierdza, że zamawiający nie dokonywał żadnych ustaleń na temat realnych kosztów serwisu HP, którego produkty są dominującym elementem kosztotwórczym oferty. Wskazał na brak informacji o sposobie ustalania wartości zamówienia. Zauważył, że aktualizacje to naturalny element przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z argumentacją, jak w złożonym piśmie. Potwierdził możliwość realizacji zamówienia w sposób przedstawiony przez odwołującego. Stwierdził jednak, że w specyfikacji nie wymagał zapewnienia przez wykonawcę usług pełnego wsparcia technicznego producentów sprzętu.

Stwierdził, że możliwe są różne rozwiązania w tym zakresie, w tym zaoferowany przez wybranego wykonawcę. Przypomniał, iż zgodnie ze wzorem umowy aktualizacja oprogramowania standardowego następuje na żądanie zamawiającego w terminie 14 dni, jednakże zamawiający nie zgłasza takiego żądania każdorazowo przy aktualizacji producenta. Wskazał na niespójność informacji z pisma HP w punkcie 1 i pisma Veracomp w punkcie 8. Z treści punktu 3 pisma wywodzi, iż Comtegra współpracowała z dystrybutorami

HP. Złożył uzyskaną przez siebie wycenę wznowienia usług wsparcia dla urządzeń IBM wymaganych wg specyfikacji na kwotę znacząco niższą od przedstawionej przez odwołującego, jako najniższą. Wskazał na profesjonalizm wybranego wykonawcy, racjonalne zachowania, w tym złożenia oferty z intencją zrealizowania umowy bez narażania się na ewentualne sankcje. Złożył do akt notatkę z szacowania wartości zamówienia w oparciu o rozeznanie rynku. Uznał otrzymane od wykonawcy wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, jako prawidłowe i potwierdzające realność ceny.

W zakresie zarzutów dotyczących czynu nieuczciwej konkurencji oraz nieodtajnienia otrzymanych informacji podtrzymał stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie i stwierdził, że zastrzeżenie tajemnicy było zgodne z przepisami i praktyką stosowaną w branży IT.

Stwierdził, że odwołujący opiera argumentację na treści jednego listu. Wskazał, że udział producenta w realizacji dotyczy wyłącznie aktualizacji wymaganych na żądanie zamawiającego w terminie 14 dni i ten element ujęto w ofercie Comtegru. Stwierdził, że obydwie informacje cenowe odwołującego zawierają także koszty naprawy, nie wymagane do wykonania przez producenta.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, postanowienia wzoru umowy, treść oferty uznanej za najkorzystniejszą, wyjaśnienia wykonawcy udzielone zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Odnosnie zarzutu wskazującego na niezgodność treści oferty Comtegra z treścią SIWZ należy wziąć pod uwagę opis przedmiotu zamówienia przedstawiony w specyfikacji, a w szczególności dokumencie stanowiącym Wzór Umowy - Załącznik C 1 do SIWZ.

Realizacja przedmiotu Zamówienia wymaga między innymi wsparcia technicznego oraz dostępu udzielonego przez producenta oprogramowania. Wsparcie techniczne producentów oprogramowania realizowane jest zaś przez nich na terenie Polski bezpośrednio lub poprzez ich autoryzowanych dystrybutorów/partnerów. Wykonawca nie jest w stanie zrealizować ww. zakresu przedmiotu Zamówienia bez wsparcia technicznego od producenta firmware (mikrokodu). Okoliczność powyższa, co najmniej w zakresie wymogu aktualizacji oprogramowania dokonywanej na żądanie zamawiającego, jest między stronami niesporna. Odwołujący wywodzi, że Comtegra nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia, gdyż nie zapewniła sobie dedykowanego wsparcia technicznego na potrzeby realizacji zamówienia, w tym podmiotów HPE i IBM, na podstawie czego wnioskuje, że Comtegra nie objęła usług wsparcia swoją ofertą, co oznacza że nie będzie w stanie zrealizować zakresu umowy i w konsekwencji oferta jest niezgodna z siwz.

W ocenie składu orzekającego zarzut nie został udowodniony. Stawiając zarzut nie wskazano, jakie sformułowanie oferty jest niezgodne z którym z elementów siwz. Twierdzenie, iż oferta nie obejmuje swym zakresem całości przedmiotu zamówienia nie znalazło potwierdzenia – z treści oferty wynika, że obejmuje ona swym zakresem całość przedmiotu zamówienia, a cena usług obejmuje pełen zakres świadczeń wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia oraz wzorze umowy. Powyższe potwierdzone zostało oświadczeniem, że „zaoferowana cena brutto podana w niniejszym formularzu zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, jakie ponosi zamawiający w przypadku wyboru niniejszej oferty”.

Jak wynika z wyjaśnień wykonawcy Comtegra zawarł on w swojej ofercie także wycenę serwisu i wsparcia technicznego dla infrastruktury i dysponuje kontraktami z firmami producenckim, których elementy składowe będą wykorzystywane w trakcie realizacji umowy, w tym HPE i IBM utrzymując z tymi podmiotami tzw. wysoki stopień partnerstwa (wyjaśnienia częściowo odtajnione decyzją zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r.). Fakt współpracy Comtegra z dystrybutorami HP odnotowano także w treści pkt 3 pisma przedstawionego przez odwołującego.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Comtegra z powodu rażąco niskiej ceny Izba przeanalizowała treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego w ramach obowiązkowej procedury opartej na art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Przedstawione wyjaśnienia w ocenie składu orzekającego potwierdziły realność zaoferowanej ceny, która pomimo odmiennych twierdzeń odwołującego, obejmuje także koszt niezbędnego wsparcia producenckiego opartego na umowach wskazanych wyżej.

Wykonawca podał w ofercie całkowity i realny koszt realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszty wykonania przedmiotu umowy uwzględniające również wycenę kosztów serwisu,

wsparcia, dostępu do części oraz wycenę kosztów zasobów własnych do świadczenia usługi serwisu technicznego pogwarancyjnego dla wyszczególnionego w siwz sprzętu.

Izba zauważa, na podstawie treści informacji cenowej dystrybutora Veracomp, że przedstawione ceny za świadczenie usług serwisu pogwarancyjnego nie są niezmiennie i brak jest dowodu, że opiewają na minimalną możliwą cenę. Potwierdza to treść o trzydziestodniowej ważności informacji handlowej i przewidywanej możliwości jej aktualizacji. Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z deklaracją zamawiającego, wymaga on zgodnie ze wzorem umowy aktualizacji oprogramowania standardowego na swoje żądanie w terminie 14 dni, jednakże nie zgłasza takiego żądania każdorazowo przy aktualizacji producenta, co ma istotny wpływ na obniżenie kosztu. Należy także zauważyć, że wspomniana oferta cenowa obejmuje oprócz wsparcia serwisowego także naprawę sprzętu, co do której nie istnieje wyłączność producenta. Jest to kolejna okoliczność wskazująca na możliwość obniżenia ceny oferty w stosunku do informacji cenowej przedstawionej przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego możliwość zaoferowania i uzyskania ceny niższej od deklarowanej przez odwołującego może potwierdzać wynik wyceny sporządzonej przez firmę Forteca na zlecenie zamawiającego, przedstawionej do akt. Znaczne różnice cenowe na przedmiot zamówienia potwierdza także wynik rozeznania rynku przeprowadzonego przez zamawiającego przy ustalaniu wartości zamówienia. Wykonawcy w branży IT wskazali ceny (z zaokrągleniem do pełnych zł) w wysokości 752 006 zł, 1 015 310 zł, 2 460 000, zł, 6 059 082 zł i 7 771 400 zł co potwierdza często spotykaną w branży IT dysproporcję cen za usługi. W świetle powyższego zarzut uznano za nieudowodniony i niezasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji skład orzekający zauważa, że dotyczy on przewidywanych skutków złożenia oferty z niską ceną; zatem ocena dotycząca ceny jako nie będącej rażąco niską prowadzi do wniosku o braku zamiaru eliminacji konkurentów z powodu realizacji zamówienia poniżej kosztów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Comtegra do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty Izba nie stwierdziła okoliczności wynikających z treści oferty, które wymagałyby wyjaśnienia w odróżnieniu od zaistnienia przesłanki do zastosowania procedury z art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Odnosnie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień Comtegra w zakresie rażąco niskiej ceny, uwzględniając fakt odtajnienia części wyjaśnień dnia 18 stycznia 2018 r., Izba uznaje pozostałe wyjaśnienia jako zasadnie utajnione wobec wypełnienia przesłanek uznania ich za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzegając nieujawnione informacje Comtegra skutecznie wykazała, iż są to informacje o charakterze technicznym i organizacyjnym, w tym informacje o przyjętej strategii konstruowania oferty i metodzie realizacji zamówienia, szacowanej marży, know-how wykonawcy, kosztach dostawy

elementów przedmiotu zamówienia oraz wysokości ponoszonych kosztów i uzyskiwanych rabatów. Są to więc informacje posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy. Skład orzekający podziela ocenę zamawiającego, że zastrzeżenie tego rodzaju informacji jest w branży informatycznej w zasadzie praktyką powszechną. W przedsiębiorstwach informatycznych, których funkcjonowanie oraz konkurencyjność opiera się na wiedzy, ujawnienie tego rodzaju danych niewątpliwie mogłoby zagrozić interesom wykonawcy.

W przedstawionych okolicznościach, zamawiający był zobligowany do uwzględnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w takim kształcie, w jakim zastrzeżenie zostało utrzymane w piśmie zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: