

WYROK
z dnia 25 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**
Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2019 r. przez wykonawcę ATM S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie przy udziale wykonawcy Infomex Sp. z o.o. w Żywcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień wraz z dowodami wykonawcy Infomex Sp. z o.o. w Żywcu, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i uzasadnienia zastrzeżenia informacji oraz zaniechania odtajnienia wyjaśnień wraz z dowodami wykonawcy Netia S.A. w Warszawie, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obciąża wykonawcę ATM S.A. w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ATM S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy ATM S.A. w Warszawie na rzecz zamawiającego Ośrodka Przetwarzania Informacji – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych jako wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 25 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 181/19

Zamawiający Ośrodek Przetwarzania Informacji – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie, ul. Niepodległości 188B, 00 – 608 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług obliczeniowych z wykorzystaniem serwerów wykonawcy oraz opieki serwisowej i technicznej”, znak postępowania: usługa obliczeniowa – 260 – 2018, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2018 r. pod numerem 2018/S 184 – 416279, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 22 stycznia 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, od tej czynności zamawiającego w dniu 1 lutego 2019 r. odwołanie wniósł wykonawca ATMS.A., ul. Grochowska 21A, 04 – 186 Warszawa, zwany dalej jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 – 3 Ustawy, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień wraz z dowodami i zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez INFOMEX i NETIA, pomimo, że wyjaśnienia złożone przez INFOMEX i NETIA potwierdzają, że oferty te zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert INFOMEX i NETIA, pomimo, że treść tych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2018 r., poz. 419 ze zm., dalej „UZNK”) poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców INFOMEX i NETIA, pomimo, że ich złożenie stanowi czyr nieuczciwej konkurencji;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Ustawy, poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia ofert INFOMEX i NETIA, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia ofert INFOMEX i NETIA;

5.art. 8 ust. 1 – 3 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień (wraz z dowodami) INFOMEX dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i uzasadnienia zastrzeżenia informacji oraz zaniechanie odtajnienia wyjaśnień (wraz z dowodami) NETIA, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo, iż informacje zastrzeżone przez INFOMEX i NETIA nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Infomex Sp. z o.o. w Żywcu, dokonanie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenia oferty Infomex Sp. z o.o. w Żywcu oraz oferty Netia S.A w Warszawie, a także dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania KIO 2516/18, w szczególności: a) uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2018 r. (załącznik nr 5 do odwołania), b) protokołu rozprawy z dnia 19 grudnia 2018 r. (załącznik nr 6 do odwołania), c) pism procesowych złożonych przez wykonawców Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i Netia S.A w Warszawie (załącznik nr 7 i 8 do odwołania), d) dowodów złożonych przez Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i oferty Netia S.A w Warszawie (wnosząc o dołączenie z akt postępowania KIO 2516/18), na okoliczność: istnienia podstaw do odrzucenia ofert Infomex Sp. z o.o. i oferty Netia S.A, wskazanych w treści odwołania oraz braku podstaw do uznania za skuteczne zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców, ze względu na ujawnienie w postępowaniu KIO 2516/18 informacji dotyczących kalkulacji ich ceny. A także wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu, w dniu 6 grudnia 2018 r., odwołujący wniósł pierwszy środek zaskarżenia, po otrzymaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 listopada 2018 r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami działania oraz zaniechania, polegające między innymi na zaniechaniu odrzucenia ofert Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., pomimo, że oferty te zawierały rażąco niskie ceny oraz ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień dotyczących cen złożonych ofert, pomimo wystąpienia przesłanek do wystosowania wezwania.

W wyniku rozpoznania odwołania Krajowa Izba Odwoławcza, w dniu 21 grudnia 2018 r., wydała wyrok (sygn. akt: KIO 2516/18), w którym częściowo uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności i badania ofert, w tym wezwanie obu wykonawców, na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym ceny wskazanej w pozycji serwer z tabeli pkt 1 formularza oferty.

Następnie odwołujący wskazał, że wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania akt KIO 2516/18, w której wykonawcy wskazywali sposób kalkulacji cen ofert – z oświadczeń składanych przez wykonawców (w pismach procesowych oraz podczas rozprawy). Według odwołującego wynikają z nich informacje dotyczące kalkulacji ceny oferty, elementów które zostały wycenione oraz pominiętych elementów, które mają wpływ na rozpoznanie przedmiotowego odwołania, w zakresie zarzutów rażąco niskiej ceny, sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ oraz zasadności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaznaczył dalej, że zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 5 788 421,70 zł brutto, a w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców:

- 1) Infomex Sp. z o.o. w Żywcu – oferta o wartości 2 134 824,48 zł brutto (36,88% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia brutto), przy czym za miesiąc utrzymania infrastruktury sprzętowej przyjęto wartość 82 304,22 zł, zaś jako cenę jednostkową za serwer w ujęciu miesięcznym wykonawca wskazał kwotę 166,17 zł;
- 2) Netia S.A w Warszawie – z oferta o wartości 3 382 283,52 zł brutto (58,43% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia brutto), przy czym za miesiąc utrzymania infrastruktury sprzętowej przyjęto wartość 140 436,48 zł, zaś jako cenę jednostkową za serwer w ujęciu miesięcznym wykonawca wskazał kwotę 12,30 zł;
- 3) odwołujący – oferta o wartości 3 656 937,60 zł brutto (63,18% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia brutto), przy czym za miesiąc utrzymania infrastruktury sprzętowej przyjęto wartość 117 932,40 zł, zaś jako cenę jednostkową za serwer w ujęciu miesięcznym wykonawca ten wskazał kwotę 861,00 zł;

Z powyższego dla odwołującego wynika znaczna rozbieżność pomiędzy ceną miesięczną za serwer przyjętą przez odwołującego, a ceną miesięczną za serwer przyjętą przez pozostałych wykonawców. Cena zaoferowana przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. jest 5,17 razy niższa od ceny odwołującego, natomiast cena zaoferowana przez wykonawcę Netia S.A. jest 70 razy niższa od ceny odwołującego.

Dalej odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia (zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia), jest świadczenie usług obliczeniowych opartych na serwerach klasy HPC wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo – systemowej oraz opieki technicznej i serwisowej. W ocenie odwołującego zamówienie składa się z dwóch elementów: komponentu sprzętowego oraz komponentu usługowego.

Następnie odwołujący stwierdził że, w treści OPZ w pkt 2 zamawiający wskazał minimalne wymagania techniczne dla komponentów sprzętowych, zaś w pkt 3.1 OPZ zamawiający określił szczegółowe wymagania techniczne dla komponentu serwerowego serwera obliczeniowego. W pkt 9 OPZ zamawiający zaznaczył że wymaga, aby usługi były świadczone na sprzęcie fabrycznie nowym, natomiast w uwagach (pod pkt 13 OPZ) zamawiający zamieścił informację o dopuszczonych rozwiązaniach równoważnych. Ponadto, zgodnie z odpowiedzią nr 4 z 29 października 2018 r., zamawiający wskazał, że dopuszcza, aby sprzęt, na którym będzie świadczona usługa nie był fabrycznie nowy, ale jednocześnie nie może on być wyprodukowany wcześniej niż 12 miesięcy przed podpisaniem umowy w wyniku niniejszego postępowania. Natomiast w załączniku nr 3 do SIWZ znajduje się wzór specyfikacji technicznej operowanej infrastruktury sprzętowo – systemowej, którą zgodnie z pkt 9.3 SIWZ (str. 6 SIWZ) wykonawcy zobowiązani byli wypełnić i złożyć uzupełniając opis urządzeń, które zostaną wykorzystane.

Podsumowując powyższe odwołujący stwierdził, że istotnym elementem przedmiotu zamówienia było zapewnienie (wykorzystanie) serwerów obliczeniowych, które musiały spełniać określone przez zamawiającego wymagania. Serwery te są niezbędne do świadczenia usług obliczeniowych (sam przedmiot zamówienia brzmi: świadczenie usług obliczeniowych z wykorzystaniem serwerów wykonawcy), zaś nieuwzględnienie w ofercie serwerów uniemożliwia świadczenie usług obliczeniowych zgodnie z przedmiotem zamówienia, to jest z wykorzystaniem serwerów wykonawcy.

W ocenie odwołującego podział przedmiotu zamówienia na komponent usługowy oraz sprzętowy znalazł swoje

odzwierciedlenie w formularzu ofertowym, w którym wykonawcy osobno wyceniali komponent usługowy, tj. utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej, oferując cenę w złotych brutto za miesiąc (kol. 1 formularza ofertowego), oraz iloczyn ceny za miesiąc i liczby 24 miesięcy (kol. 3 formularza cenowego). Osobno wykonawcy zobowiązani byli wycenić komponent sprzętowy, tj. serwer, podając cenę jednostkową w złotych brutto za miesiąc w kolumnie 1, oraz iloczyn ceny jednostkowej, liczby serwerów (40) i liczby miesięcy (24) w kolumnie 3 formularza oferty. Zaoferowane ceny powinny zawierać rzeczywiste koszty wykonania zamówienia, powiększone o marżę, czyli zysk wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że wzór umowy określa sposób obliczenia wynagrodzenia wykonawcy – w § 14 ust. 3 lit. b) wzoru umowy znajduje się wzór obliczenia części wynagrodzenia składającego się na sesje obliczeniowe. Wzór uwzględnia dane związane z rzeczywistym zużyciem serwera (zamawiający zapłaci mniejsze wynagrodzenie w przypadku mniejszego zużycia serwerów) oraz cenę zapewnienia (wykorzystania) serwerów, którą wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzu ofertowym w pozycji serwer. Koszt zapewnienia serwerów jest dla wykonawców stały i musi uwzględniać rzeczywisty koszt, jaki poniesie wykonawca w związku z wykorzystaniem serwerów zamawiającemu przez cały okres trwania umowy. Natomiast zdaniem odwołującego czym innym są sesje obliczeniowe, będące składnikiem wynagrodzenia określanego w sposób związany z poziomem miesięcznej eksploatacji serwerów.

Z przytoczonych postanowień treści SIWZ, według odwołującego, wynika, że wykonawcy zobowiązani byli zaoferować serwery o określonych przez zamawiającego parametrach, na których będą świadczone usługi obliczeniowe oraz wycenić te serwery w ofercie, w rubryce serwer.

Brak wyceny serwerów stanowi sprzeczność treści ofert wykonawcy Infomex Sp. z o.o. i wykonawcy Netia S.A. z treścią SIWZ, i obliguje zamawiającego do odrzucenia obu ofert, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wykonawcy, którzy składają oferty w przetargu prowadzonym w reżimie ustawy, muszą sztywno trzymać się zasad ustalonych przez zamawiającego w SIWZ. Natomiast zamawiający, mając na uwadze art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy, zobowiązany jest zweryfikować, czy złożone oferty są zgodne z SIWZ. W przypadku zidentyfikowania niezgodności, które nie kwalifikują się do poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zamawiający ma obowiązek odrzucić takie oferty.

Skoro wykonawcy nie wycenili serwerów, tak jak tego wymagał zamawiający, to ich oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. To samo dotyczy sytuacji, w których wykonawcy przedstawiają wycenę nierealną, niestanowiącą w istocie rzeczywistej ceny rynkowej tego elementu, który powinien być wyceniony zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Brak wyceny samych serwerów oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, zarówno co do samego sposobu przygotowania oferty (kalkulacji), jak i do oferowanego przedmiotu. Brak wyceny serwerów oznacza również *de facto* brak ich zaoferowania. Zamawiający musi oceniać ofertę na podstawie informacji posiadanych w chwili otwarcia ofert (doprecyzowanych na etapie wyjaśnień), z których wynika, że wykonawcy nie wycenili (a co za tym idzie nie zaoferowali) serwerów, zaś dodatkowe wyjaśnienia nie mogą stanowić uzupełnienia oferty, jak w ocenie odwołującego orzekła Izba w wyroku z 14 września 2016 r. o sygn. akt KIO 1630/16.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zdaniem odwołującego, należy zaznaczyć, że cenę oferty bada się nie tylko w odniesieniu do łącznej ceny oferty, ale także pod kątem cen jednostkowych. Oznacza to, że jeżeli cena jednostkowa jest niższa, niż rzeczywisty koszt dotyczący wycenionej pozycji, to należy uznać, że oferta podlega odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaś serwery są istotną częścią przedmiotu zamówienia, bez której nie jest możliwa realizacja umowy i wykonawcy zobowiązani byli je wycenić w formularzu oferty w pozycji serwer. Powyższe, w ocenie odwołującego, potwierdzają wyroki Izby z 7 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2473/17 i z 24 września 2014 r., sygn. akt KIO 1844/14.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący podniósł, że zamawiający oczekiwał wykorzystania serwerów spełniających określone wymagania (w tym wymaganie, aby serwery były wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy przed zawarciem umowy). Wykonawca Netia S.A., w piśmie procesowym z dnia 19 grudnia 2018 r., stwierdził, że nawet gdyby wszystkie urządzenia nabyte na potrzebę postępowania nie były w ogóle używane, to ich wartość po zakończeniu wykonywania umowy i tak byłaby zbliżona do wartości sprzętu intensywnie eksploatowanego (...) Netia S.A. nie zakłada możliwości wykorzystania przedmiotowego sprzętu ani na swoje potrzeby wewnętrzne, ani w celu świadczenia usług innym klientom po zakończeniu umowy z zamawiającym. Z powyższego dla odwołującego wynika, że wykonawca Netia S.A. winien w ofercie (w pozycji serwer) wycenić pełen koszt serwerów. Bez znaczenia jest przy tym fakt (akcentowany w toku poprzedniego postępowania odwoławczego przez przystępujących), iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie określane jako usługi obliczeniowe. Niezależnie bowiem od tego, w jaki sposób świadczenie to zostanie nazwane, nie ulega wątpliwości, że jego istotnym elementem jest zapewnienie zamawiającemu konkretnych serwerów, o konkretnych cechach i parametrach, zdefiniowanych w SIWZ. Tak więc zarówno z uwagi na treść formularza ofertowego, jak i ze względu na konieczność ujęcia w ramach kalkulacji ceny oferty wszystkich kosztów, niezbędne było uwzględnienie przez wszystkich wykonawców kosztu serwerów, przy wykorzystaniu których świadczone będą usługi obliczeniowe.

Zamawiający pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. wezwał wykonawcę Netia S.A. do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym ceny wskazanej w pozycji „serwer” tabeli formularza oferty, wezwano również do złożenia dowodów potwierdzających wyjaśnienia. Wykonawca zobowiązany był zatem wprost wskazać gdzie i w jakiej wysokości skalkulował koszt wykorzystania serwera nabycia przez wykonawcę lub np. dzierżawy serwera oraz przedstawić dowód na tę okoliczność. Wyjaśnienia powinny wskazywać realny koszt oraz zakładany zysk. Koszt oraz marża powinny pokrywać się z wartościami wskazanymi przez wykonawcę Netia S.A. w formularzu cenowym. Koszt serwera powinien być niższy niż kwota wskazana w ofercie w pozycji serwer, to jest niższy niż 12,30 zł x 24 miesiące = 1 693,83 zł, ponieważ powinien uwzględniać oprócz kosztu także zysk wykonawcy. W opinii odwołującego nie jest możliwe nabycie serwera za taką kwotę. Cena zaoferowana przez wykonawcę Netia S.A., w pozycji serwer w formularzu ofertowym, nie pokrywa także pełnych kosztów eksploatacji serwera, zatem także w tym zakresie ceny oferty jest rażąco niska (cena zaoferowana w pozycji serwer jest niższa niż rzeczywisty koszt eksploatacji serwera i nie jest możliwe osiągnięcie zysku na tej pozycji przez wykonawcę).

Z powyższego dla odwołującego wynika, że cena za serwer zaoferowana przez wykonawcę Netia S.A. jest ceną nierealną, nie uwzględniającą rzeczywistych kosztów i tym samym powoduje, że oferta złożona przez wykonawcę zawiera rażąco niską cenę. Zaś zgodnie z wyżej przytoczonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający ma obowiązek badania, oprócz całościowej ceny oferty, także cen jednostkowych. Cena jednostkowa za serwer (12,30 zł) jest ceną zaniżoną, nieuwzględniającą rzeczywistych kosztów wykonawcy.

Z części wyjaśnień wykonawcy Netia S.A., które zamawiający udostępnił odwołującemu, odwołujący wywodzi, że wykonawca złożył wyłącznie ogólnikowe wyjaśnienia, wymieniając między innymi okoliczności, które mają stanowić obiektywne czynniki wpływające na wysokość ceny, bez wskazania o jaki poziom czynniki te obniżają cenę oferty.

Ponadto z wyjaśnień tych wynika, że wykonawca nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego. Zamawiający w treści wezwania wprost określił jakich wyjaśnień oczekuje, zaś wykonawca Netia S.A. nie odpowiedział na wezwanie i nie wskazał co konkretnie skalkulowała w pozycji serwer.

Następnie odwołujący podniósł, że wykonawca Infomex Sp. z o.o., w piśmie procesowym z dnia 19 grudnia 2018 r. wskazał, że koszt zakupu serwera ponoszony jest na samym początku realizacji umowy, a następnie miesięcznie jest ponoszony koszt związany z jego działaniem w gotowości na uruchomienie sesji obliczeniowych. Zatem wykonawca ten wprost wskazał, że ponosi koszt zakupu serwera, a jednocześnie stwierdził, że skalkulował koszty faktycznej eksploatacji elementów platformy. Wykonawca Infomex Sp. z o.o., podczas rozprawy, wprost oświadczył (strona 7 protokołu rozprawy z dnia 19 grudnia 2018 r., KIO 2516/18), że w wierszu „serwer” z tabeli formularza ofertowego wykonawca podał koszty zużycia serwera do sesji obliczeniowej nie koszt samego serwera. Oznacza to, że wykonawca Infomex Sp. z o.o. nie uwzględnił w cenie oferty w pozycji serwer rzeczywistych kosztów serwera.

Odwołujący podkreślił również, że jego zdaniem w zakresie zarzutu określonego w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ciężar wykazania, że cena oferty wykonawcy nie jest rażąco niska, zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, a gdy wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania – ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym.

Dalej odwołujący wskazał, że konstrukcja ofert wykonawcy Infomex Sp. z o.o. i wykonawcy Netia S.A., w zakresie zaoferowania nierealnej ceny za serwer, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W opinii odwołującego obaj wykonawcy celowo zaniżyli wartość ceny jednostkowej za serwer (nie uwzględniając rzeczywistych kosztów serwera), pomimo, iż w standardowym okresie użytkowania serwera, nie jest możliwa amortyzacja jego zakupu, biorąc pod uwagę minimalną wartość komponentów składających się na serwer. Zaś, jak już wcześniej wskazywano, wartości za ceny jednostkowe za serwer są wartościami istotnie zaniżonymi, nie mogącymi pokryć kosztów serwera, nawet z uwzględnieniem rozłożenia jego amortyzacji na kilkuletni okres. Obaj wykonawcy mając świadomość, iż wysokość wynagrodzenia za serwer w ujęciu miesięcznym zależna jest od wartości średniego miesięcznego zużycia *per* serwer, a zatem jest wartością zmienną, przeliczyli część kosztów z pozycji dotyczącej ceny jednostkowej za serwer do pozycji w pkt 1 oferty, w której wykonawcy winni wskazać cenę za utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej. Natomiast, biorąc pod uwagę to, że zamawiający przyjął w SIWZ, iż jedynym kryterium oceny jest cena o wadze 100%, z treści ofert obu wykonawców wynika, że celowo zaniżyli cenę jednostkową brutto za serwer w ujęciu miesięcznym, wiedząc, iż zamawiający jest zobligowany do zapłaty stałej wartości co miesiąc, za utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej, a wynagrodzenie za serwer jest zależne od wartości zużycia serwera.

Zaniżenie cen jednostkowych oznacza także, że obaj wykonawcy nie uwzględnili wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, odnoszących się do poszczególnych pozycji formularza ofertowego. Proceder manipulowania przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. i wykonawcę Netia S.A. zaoferowanymi cenami jednostkowymi za serwer stanowi działanie zmierzające do wyrządzenia deliktu w postaci opisanej w art. 15 ust. 2 pkt 1 UZNK, a także deliktu z klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 UZNK.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał na wyrok Izby z 3 marca 2018 r., sygn. akt KIO 309/15 i podniósł, że manipulacja ceną jednostkową na potrzeby uzyskania niższej ceny i wyższej punktacji w jedynym kryterium cena prowadzi do naruszenia interesów odwołującego, składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia, jak również interesu zamawiającego w postaci wymuszenia na zamawiającym zakupu utrzymania infrastruktury sprzętowo – systemowej po cenie wyższej, niż wynikająca z realnych kosztów utrzymania infrastruktury sprzętowo systemowej. Należy przy tym zauważyć, że nie ma znaczenia, iż w ramach kryterium ceny, nie było wyróżnione podkryterium ceny za serwer. Sztuczne zaniżenie tej wartości ma ten skutek, że wykonawcy w zupełnie inny sposób kalkulują ryzyko oraz koszt pieniądza, ponieważ rzeczywiste koszty alokują w tym elemencie cenowym, którego zapłata jest pewna. Wykonawcy, którzy postąpili zgodnie z dyspozycją zamawiającego i wskazali rzeczywiste ceny poszczególnych świadczeń, są w niewątpliwie gorszej sytuacji, ponieważ muszą skalkulować ryzyko wynikające z niepewnej wysokości ostatecznie zapłaconego wynagrodzenia za serwer.

W ocenie odwołującego powyższe potwierdza, iż złożenie ofert z celowo zaniżoną ceną jednostkową za serwer stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszający dobre obyczaje kupieckie. Ponadto argumentacja ta, zdaniem odwołującego, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby: w wyrok z 3 grudnia 2015 r., sygn. akt: KIO 2553/15, i w wyroku KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 473/17.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. i wykonawcę Netia S.A. odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający bezpodstawnie odmówił odwołującemu wglądu w treść wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców, w zakresie rażąco niskiej ceny. Jedną z naczelnych zasad zamówień publicznych jest jawność postępowania, a zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi jedynie wyjątek od tej zasady. Dalej odwołujący przytoczył treść art. 8 ust. 3 ustawy p.z.p. i art. 11 ust. 2 UZNK oraz wyrok Izby z 18 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 9/18 oraz podniósł, że podczas jawnej rozprawy, toczącej się 19 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2516/18), oraz w treści pism procesowych wykonawca Infomex Sp. z o.o. oraz wykonawca Netia S.A. ujawnili informacje dotyczące kalkulacji ceny oferty. Zatem wyjaśnienia, w zakresie ujawnionym podczas rozprawy, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ze względu na brak wystąpienia przesłanek dotyczących nieujawniania zastrzeżonych informacji.

W ocenie odwołującego wykonawca Netia S.A., w piśmie z dnia 19 grudnia 2018 r. (w aktach postępowania KIO 2516/18) opisał sposób kalkulacji ceny oferty. Przykładowo, na stronie 5 pisma procesowego znajduje się stwierdzenie, że różnica w zużyciu energii elektrycznej pomiędzy tymi dwoma stanami pracy serwerów została oszacowana na poziomie 10 zł netto *per* serwer miesięcznie (...). Wykonawca Infomex Sp. z o.o., także w piśmie procesowym opisał proces konstruowania kosztorysu projektu.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego, nie jest dopuszczalne, w myśl art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, całościowe, ogólne zastrzeżenie całości wyjaśnień obu wykonawców, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania. Zamawiający odmówił udostępnienia odwołującemu pełnej treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o., w tym także samego uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień.

Odwołujący wskazał również, że jeżeli wraz z wyjaśnieniami nie zostało złożone uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi istnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, to zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, zamawiający ma obowiązek uznać

zastrzeżenie za nieskuteczne, co zdaniem odwołującego potwierdza orzeczenie Izby z 1 września 2017 r., sygn. akt KIO 1632/17, KIO 1662/17.

Następnie odwołujący podniósł, że mając na uwadze orzecznictwo Izby, nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nieudostępnienie odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień uniemożliwia mu weryfikację poprawności oceny uzasadnienia przez zamawiającego. Dalej wskazano na wyroki Izby o sygn. akt KIO 1187/18 i sygn. akt KIO 297/12, KIO 300/13.

W dalszej kolejności odwołujący zaznaczył, że nie ma możliwości weryfikacji, czy uzasadnienie zastrzeżenia było konkretne i wystarczające. Zamawiający powinien zatem odstąpić część uzasadnienia zastrzeżenia oraz część samych wyjaśnień w najszerszym możliwym zakresie (ujawniając wszystkie informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa), zarówno wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o., jak i wykonawcę Netia S.A., mając na uwadze, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do zasady nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje dotyczące sposobu kalkulacji cen ofert zostały ujawnione podczas rozprawy KIO 2516/18 oraz w pismach procesowych obu wykonawców. Skuteczność zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, wymaga wykazania (co Izba interpretuje jako konieczność złożenia odpowiednich dowodów), a nie zamieszczenia samych ogólnikowych stwierdzeń, że zachodzą przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK.

Uznanie przez zamawiającego zastrzeżenia za skuteczne pomimo, że nie zostały spełnione ustawowe przesłanki umożliwiające skuteczne zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w ocenie odwołującego, stanowi rażące naruszenie nie tylko zasady jawności postępowania, tj. art. 8 ust. 1 – 3 ustawy, ale także zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający, odnosząc się do zarzutu nieprawidłowej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny i zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. i wykonawcę Netia S.A., przytoczył ceny zawarte w ofertach złożonych w postępowaniu, a następnie wskazał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obliczeniowych z wykorzystaniem serwerów wykonawcy oraz opieki serwisowej i technicznej. Zatem zamawiający kupuje usługę i żaden z elementów postępowania nie obejmuje dostawy serwerów dla zamawiającego oraz przeniesienia własności lub innego tytułu prawnego do serwerów na jego rzecz – przez cały okres trwania usługi wykonawca posiada niezmiennie tytuł prawny do infrastruktury sprzętowo – systemowej. Dla zamawiającego istotnym jest, aby jeden wykonawca zapewnił infrastrukturę sprzętową wraz z jej utrzymaniem.

Zamawiający podkreślił, że istotne znaczenie ma cena całkowita oferty, zaoferowana za realizację przedmiotu zamówienia. Natomiast podział ceny na dwa elementy miał służyć obliczeniu ceny za sesję obliczeniową za serwer, zgodnie z formułą liczenia określoną w § 14 ust. 3 lit. b) wzoru umowy, który zacytował.

Dalej zamawiający argumentował, że w wyniku wykonania wyroku Izby z 21 grudnia 2018 r. wezwano wykonawcę Infomex Sp. z o.o. i wykonawcę Netia S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących cen wskazanych w ofertach.

W ocenie zamawiającego wykonawca Infomex Sp. z o.o. złożył obszerne wyjaśnienia, w których wykazał, że zaoferowana przez niego cena za realizację przedmiotowego zamówienia została obliczona z uwzględnieniem wszelkich wymagań SIWZ oraz gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez tego wykonawcę. Infomex Sp. z o.o. udowodnił, że przedstawiona przez niego cena jest realna, zapewniająca zysk przedsiębiorcy oraz uwzględniająca wszelkie koszty i ryzyka. Wskazano, że przedsiębiorstwo jest wieloletnim uczestnikiem obrotu gospodarczego branży IT, zajmuje pozycję umożliwiającą skuteczne negocjowanie cen u producentów i dystrybutorów sprzętu serwerowego oraz oprogramowania. Duży wpływ na uzyskanie dobrych cen miały zakupy znacznej liczby sprzętu i oprogramowania dla potrzeb innych przedsięwzięć, co powoduje, że duża skala transakcji zakupu sprzętu i oprogramowania pozwoliła, przy zachowaniu atrakcyjnych warunków cenowych, uruchomić odpowiednią infrastrukturę sprzętowo – systemową, niezbędną do świadczenia usług objętych przedmiotowym postępowaniem. Wykonawca wskazał, że na wysokość ceny mają także wpływ wysokie kompetencje pracowników i doświadczenia zebrane przy realizacji podobnego zamówienia dla zamawiającego, które to zamówienie jest świadczone należycie, zgodnie z umową z dnia 28 grudnia 2017 r. Doświadczenie zdobyte przy realizacji analogicznego, różniącego się tylko skalą i liczbą serwerów, zamówienia pozwoliło przyjąć odpowiednie nakłady sił i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. Infomex Sp. z o.o. wskazał szczegółową kalkulację ceny oferty w rozbiciu na wszystkie składniki, w tym zysk, co potwierdza, że uwzględnił wszystkie elementy mające wpływ na cenę, w szczególności: w pozycji utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej uwzględniono koszty pracy, koszt zakupu serwera obliczeniowego, usługę kolokacji, zasilanie. Wskazano również na nowoczesne rozwiązania poprawiające wydajność energetyczną całego systemu i backup danych. W pozycji serwer – cena za sesję obliczeniową w rozbiciu za jeden serwer wliczono koszty poniesione z tytułu korzystania przez zamawiającego z mocy obliczeniowej konsumującej średnio 90% cpu i ramu, według wzoru z § 14 ust. 3 lit. b) wzoru umowy (czyli koszty eksploatacji serwerów). Wartość miesięczna jest kwotą za sesję obliczeniową, czyli za wykorzystanie procesora i pamięci w podziale na konkretny serwer. Wyliczenia wykonawcy zostały dokonane rzetelnie, z uwzględnieniem wiedzy o realnym zużyciu energii, zgodnie z aktualnie posiadaną taryfą energii wynikającą z zawartej umowy.

Według zamawiającego wykonawca Netia S.A. również złożył obszerne wyjaśnienia, w których uzasadnił zaproponowaną w ofercie cenę. Należy zaznaczyć, że wykonawca wskazał, iż zaoferowana cena obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia: zakupu platformy sprzętowej, wdrożenia zaprojektowanego środowiska, usługi opieki technicznej i serwisowej, przygotowanie przestrzeni do kolokacji, zużycia prądu, koszty pracy. Wykonawca szeroko przytoczył również obiektywne okoliczności, dzięki którym mógł zaoferować konkurencyjną cenę: oszczędność metody wykonania, zastosowane rozwiązania techniczne, uzyskanie od stałego partnera biznesowego korzystnej oferty sprzętu i realizacji usługi w ramach podwykonawstwa, niskie koszty pracy. Wykonawca wskazał, jakie składniki kosztowe ujął w obu pozycjach formularza oferty. W ramach pozycji: utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej uwzględnił wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, w tym zakup sprzętu oraz usługi wsparcia i serwisu, a w pozycji: serwer – cena za sesję obliczeniową ujął wyłącznie koszty energii elektrycznej pomiędzy stanem, gdy całe środowisko utrzymywane jest w trybie gotowości, a stanem maksymalnego miesięcznego zużycia zasobów na poziomie 90%.

Zamawiający uznał, że zarówno wykonawca Netia S.A., jak i Infomex Sp. z o.o. udowodniły realność cen za usługę będącą przedmiotem niniejszego postępowania. W złożonych wyjaśnieniach wykonawcy szczegółowo wskazał,

że w kalkulacji uwzględnili wszystkie składniki kosztotwórcze, niezbędne do realizacji niniejszej usługi, jak również zysk.

Zamawiający podkreślił również, że różnice w cenach zaoferowanych przez wykonawców wynikały z odmiennego ujęcia składników kosztotwórczych w poszczególnych pozycjach, a także z odmiennego sposobu wyliczenia amortyzacji zakupionych serwerów. Infomex Sp. z o.o. przyjął znacznie dłuższy okres amortyzacji serwerów niż odwołujący i Netia S.A., którzy przyjęli 24-miesięczny okres amortyzacji. Wykonawca Infomex Sp. z o.o. zamierza odsprzedać zakupioną na potrzeby realizacji zamówienia infrastrukturę, realizując zysk na tej transakcji. Dowód: opis przedmiotu zamówienia, SIWZ, wyjaśnienia zaoferowanej ceny – w aktach sprawy.

Następnie zamawiający stwierdził, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny, która podlega wyjaśnieniom. Wypracowanie definicji rażąco niskiej ceny nastąpiło w orzecznictwie, w którym przyjmuje się, że cena rażąco niska to cena nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień i innych ofert, za którą wykonanie umowy byłoby dla wykonawcy nieopłacalne. Innymi słowy, jest to cena odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia, za którą wykonawca nie byłby w stanie wykonać zamówienia bez poniesienia strat lub otrzymania dodatkowego finansowania. Zamawiający zbadał wszystkie oferty pod kątem prawidłowości zaoferowanej ceny i tego, czy wykonawca za taką cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia i czy cena została skalkulowana realnie, tzn. czy obejmuje wszystkie koszty określone w opisie przedmiotu zamówienia. Dowód: formularze oferty Netia S.A. i ATM S.A., Infomex Sp. z o.o., wyjaśnienia zaoferowanej ceny, ustalenie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia – w aktach sprawy.

W ocenie zamawiającego również fakt, iż wszystkie zaoferowane ceny były niższe niż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie dowodzi, że oferty zawierają rażąco niską cenę. Zamawiający oparł szacowanie wartości przedmiotu zamówienia na ofertach globalnych koncernów, mających znacznie droższą siłę roboczą, serwery zlokalizowane w Niemczech, oferujących usługi o dużo wyższych parametrach niż wymagane w ramach niniejszego postępowania. Koncerny oferowały również znacznie wyższy poziom wsparcia serwisowego i czasy reakcji, a także SLA na dużo wyższym poziomie niż oczekiwany przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego, żadna z zaproponowanych cen w przedmiotowym postępowaniu nie była rażąco niska. Dlatego też zarzut odwołującego jest niezasadny.

W zakresie zarzutu, iż treść ofert Netia S.A. i Infomex Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ i oferty te powinny zostać odrzucone, zamawiający stwierdził, co następuje.

Przedmiotem zamówienia (zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, będącym załącznikiem nr 1 do SIWZ) jest świadczenie usług obliczeniowych, opartych na serwerach klasy HPC wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo – systemowej, oraz opieki technicznej i serwisowej. W dokumentacji postępowania wskazano również minimalne wymagania techniczne dla serwerów, na których ma być świadczona usługa obliczeniowa. Zamawiający zgadza się z odwołującym w kwestii obowiązku zaoferowania serwerów o parametrach określonych przez zamawiającego, na których świadczony będą usługi obliczeniowe oraz ich wyceny, jednak nie można zgodzić się z twierdzeniem, że wycena ta miała nastąpić w pozycji „serwer”.

Pozycja „serwer” znajduje się w tej części tabeli formularza oferty, która dotyczy sesji obliczeniowych wykorzystujących zasoby procesora i pamięci, co potwierdza fakt, iż nie mamy do czynienia z dostawą serwerów, a jedynie z wykorzystaniem ich mocy obliczeniowej. Zamawiający nie zamawiał serwerów tylko usługę. W pozycji „utrzymanie infrastruktury” wykonawcy Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. skalkulowali nominalne koszty zakupu serwera obliczeniowego i wdrożenia usługi, co zamawiający uznał za jak najbardziej prawidłowe.

Ponadto obaj wykonawcy przedstawili ofertę ze specyfikacją techniczną oferowanej infrastruktury sprzętowo – systemowej, uwzględniającą wszelkie parametry wymagane przez zamawiającego, co dowodzi bezzasadności zarzutu braku zaoferowania serwerów oraz niezgodności obu ofert z treścią SIWZ. Dodatkowo, przedłożone zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny kalkulacje, w rozbiciu na jej składniki, są kolejnym potwierdzeniem na słuszność uznania obu ofert za zgodne z SIWZ i braku podstaw prawnych do ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dowód: parametry techniczne infrastruktury sprzętowo – systemowej Infomex Sp. z o.o., kalkulacja wykonawcy – w aktach sprawy.

W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu prowadzenia przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., pomimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zamawiający podniósł jak niżej.

Zakres pojęcia „czyn nieuczciwej konkurencji” zawiera art. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej ustawą), jest to pojęcie, które obejmuje wiele, często znacznie różniących się od siebie zachowań przedsiębiorców. W ust. 1 tego przepisu określono kategorię czynów nieuczciwej konkurencji, które polegają na działaniu nie tylko sprzecznym z prawem lub z dobrymi obyczajami, ale również zagrażającym interesowi innego przedsiębiorcy. Nie każde naruszenie określonej normy prawnej będzie równocześnie stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, lecz tylko takie, które podjęte zostało w ramach działalności gospodarczej i którego skutkiem będzie naruszenie lub zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy. Istotą czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ustawy jest uzyskanie dla siebie korzyści kosztem rywala rynkowego.

W przedmiotowym postępowaniu żadna z ofert nie jest obarczona czynem nieuczciwej konkurencji, a takie twierdzenia odwołującego, w świetle opisanych powyżej faktów, są nieuprawnione i nieudowodnione. Wszyscy wykonawcy zaoferowali ceny realne, za które będą w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Wykonawca Infomex Sp. z o.o. obecnie realizuje należycie za porównywalną cenę zamówienie tożsame co dowodzi realności jego ceny.

Odwołujący zarzucił, że wykonawcy Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. dopuścili się manipulacji w cenach jednostkowych za serwer i przerzucili część kosztów za serwer do usługi utrzymania. Takie twierdzenia, w ocenie zamawiającego są zupełnie nieuprawnione. Zamawiający w SIWZ nie wskazał, które elementy kosztotwórcze mają być ujęte w poszczególnych pozycjach. Jako jedyne kryterium oceny ofert wskazano 100% ceny całkowitej za kompleksową usługę. Zatem twierdzenia odwołującego są bezpodstawne zwłaszcza, że sam odwołujący składając ofertę w postępowaniu na tożsamą usługę w 2017 r. wskazał jednostkową cenę za serwer na kwotę 1,23 zł. Wówczas nie uważał, że stanowi to zagrożenie interesów innych przedsiębiorców. W świetle takiego postępowania odwołującego próba zarzucania innym wykonawcom braku etyki i moralności w prowadzonej działalności jest nieuzasadniona.

Ponadto według zamawiającego orzecznictwo zaprezentowane przez odwołującego nie ma zastosowania do przedmiotowego postępowania, a twierdzenia odwołującego o dopuszczeniu się przez pozostałych wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji nie znajdują poparcia w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania.

W konsekwencji powyższego w niniejszej sprawie brak jest przesłanek obligujących zamawiającego do

odrzućcia jakiegokolwiek oferty, dlatego też chybiony jest zarzut odwołującego o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu, iż zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1 – 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wraz z dowodami dotyczącymi elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny wykonawcy Netia S.A. i wykonawcy Infomex Sp. z o.o., zamawiający wskazał, że uwzględnił częściowo zarzut odwołującego i odtajnił w przeważającej części wyjaśnienia wraz z dowodami, dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Netia S.A., zaś Infomex Sp. z o.o. złożył pismo o odtajnieniu większości wyjaśnień z dowodami, dotyczącymi elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty odwołującego w zakresie odtajnienia wyjaśnień, mając na uwadze, iż kluczową zasadą postępowania jest jawność a nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę należy traktować jako wyjątek. Zamawiający nie ujawnił jedynie informacji, które spełniały wszystkie przesłanki wymagane do zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania. Za tajemnicę uznano informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, które posiadają dla wykonawców istotną wartość gospodarczą, nie są powszechnie znane, a wykonawcy podjęli stosowne działania w celu utrzymania ich poufności.

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Infomex Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Wesołej 19B, 34 – 300 Żywiec, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący przedłożył swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

W ocenie składu orzekającego należy zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia. Natomiast, po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej.

Zwięzłe przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, powinno nastąpić już w chwili składania odwołania (art. 180 ust. 3 p.z.p.), zaś wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak wskazania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym, wynikającym z przepisów prawa – przede wszystkim w interesie wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że podnoszenie nowych okoliczności, sformułowanych poza zarzutami wniesionymi w ustawowym terminie, oznacza również brak możliwości oceny odwołania w tym zakresie i podjęcia decyzji o ewentualnym uwzględnieniu jego zarzutów przez zamawiającego, a także w przypadku innych wykonawców może mieć wpływ na ich decyzje procesowe co do uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym i treści składanych wniosków i oświadczeń formalnych.

Przy czym zarówno granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą, a także Sąd powszechny w postępowaniu skargowym, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, zatem zarówno Izba, jak i Sąd Okręgowy, są związani podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego, w toku rozprawy przed Izbą, okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, na kanwie art. 192 ust. 7 p.z.p., brane przez Izbę czy Sąd powszechny pod uwagę, choćby odwołujący próbował powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu.

Przeciwny pogląd doprowadziłby do sytuacji w której art. 192 ust. 7 p.z.p. stałby się regulacją iluzoryczną, a po stronie odwołujących preferowane byłoby jak najbardziej niejasne formułowanie podstaw faktycznych zarzutów, celem obejścia tej regulacji.

Zatem krytycznie należy odnieść się do uzupełnienia stanowiska procesowego przez odwołującego, w postaci pisma z 18.02.2019 r., które zostało złożone na posiedzeniu.

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak np. KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15, z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16), jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29.06.2009 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 110/09, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 25.05.2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranych w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparli zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 179 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący złożył on w postępowaniu ofertę, której treść w jego ocenie jest zgodna z treścią SIWZ. Oferta odwołującego została zakwalifikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert. Na skutek zaniechania podjęcia przez zamawiającego czynności zgodnie z przepisami ustawy i odrzucenia ofert znajdujących się na pierwszym i drugim miejscu rankingu ofert, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując przedmiotowe zamówienie. Zaś uwzględnienie odwołania spowoduje wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Zarzut oznaczony nr 5 w *petitum* odwołania, dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 – 3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej zwanej jako „z.n.k”, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wraz z dowodami wykonawcy Infomex Sp. z o.o. w Żywcu, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i uzasadnienia zastrzeżenia informacji, oraz zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wraz z dowodami wykonawcy Netia S.A. w Warszawie, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo, iż informacje zastrzeżone przez obu wykonawców nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa – został przez zamawiającego częściowo uwzględniony, w konsekwencji czego odwołujący zmodyfikował swoje stanowisko procesowe i wycofał rzeczony zarzut. Zatem orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna ofert wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., dokonana przez zamawiającego.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do trzech osi sporu:

- do oceny czy wyjaśnienia sposobu kalkulacji cen ofertowych, złożone na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., przez wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., potwierdzają prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej, w tym czy zamawiający prawidłowo uznał, że nie została wypełniona hipoteza art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 3 p.z.p., skutkująca sankcją odrzucenia ofert obu wykonawców z powodu rażąco niskiej ceny,
- do weryfikacji czy zamawiający winien, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., odrzucić oferty wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., ponieważ są niezgodne z treścią SIWZ,
- do zbadania czy nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 z.n.k i art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k, bowiem w ocenie odwołującego złożenie ofert przez obu wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego, mając na względzie zakres sprawy określony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Przeciwnie, całość zebranego materiału dowodowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego, co powoduje, że odwołanie jako nie posiadające uzasadnionych podstaw należało oddalić.

Na wstępie rozważań skład rozpoznający odwołanie zaznacza, że zgodnie z art. 191 ust. 2 p.z.p. wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Następnie uwypuklić należy, iż skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z której wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Ponadto, jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09, przedstawienie przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut postawiony w pkt 1 *petitum* odwołania, tj. naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 – 3 p.z.p., poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień wraz z dowodami i zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i Netia S.A. w Warszawie, pomimo, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferty te zawierają cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wypełniając wymóg art. 196 ust. 4 p.z.p. i przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, skład orzekający wskazuje, iż zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p. zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień, określane przez przyzmat wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. A także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie ustawodawca określił przesłankę *ex lege* do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., kwantyfikowaną procentową różnicą pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert, chyba, że zamawiający uzna, iż rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych i różnica co najmniej 30% pomiędzy ww. wartościami nie wymaga wyjaśnienia.

Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 ustawy p.z.p. sankcja odrzucenia jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, unormowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. – "obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy" – którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Z uwagi na treść art. 90 ust. 3 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, więc w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 23.05.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18 „Normy zawarte w tych przepisach

dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień (art. 90 ust. 3 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”.

Dalej skład orzekający wskazuje, że czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, a także dla zamawiającego, ponieważ może przesądzić o odmiennym wyniku postępowania. Ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta zawiera cenę rażąco niską, zaś sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w p.z.p.

Izba zaznacza również, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny i nie budzi wątpliwości fakt, że zarówno te przepisy, jak i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej, pozostawiają rozwinięcie tego pojęcia, jako klauzuli generalnej, orzecznictwu. Dlatego też, w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu potrzeba, należy kwestię rażąco niskiej ceny badać *ad casum* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15). Skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga w indywidualnej, ustalonej sytuacji konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku, należy oceniać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

W szczególności orzecznictwo zwraca uwagę, 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." (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21.06.2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Skład orzekający powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła jak niżej.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania.

I. Zamawiający pismem z 10 stycznia 2019 r., wykonując wyrok Izby z 21.12.2018 r. sygn. akt KIO 2516/18, wezwał wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty. W wezwaniu zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia należy złożyć: „w zakresie ceny oferty, w tym ceny wskazanej w formularzu w pozycji „serwer” tabeli z pkt 1 formularza oferty”.

1) W ramach wyjaśnień zamawiający wezwał wykonawców do:

- a) złożenia szczegółowych wyjaśnień wskazujących na okoliczności i czynniki, które mają wpływ na zaoferowaną cenę wykonania zamówienia,
- b) złożenia szczegółowej kalkulacji ceny oferty w rozbiciu na jej wszystkie składniki, w tym zysk, przedstawiającej sposób obliczenia zaoferowanej ceny, w tym w szczególności co do wybranych okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 1 p.z.p.,
- c) zamawiający zażądał również złożenia dowodów potwierdzających wyjaśnienia.

2) Zamawiający wezwał do wskazania czy w przedłożonej ofercie wykonawcy uwzględnili wszystkie wymagania postawione w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), w szczególności
– czy usługa realizowana będzie na serwerach wyprodukowanych nie wcześniej niż 12 miesięcy przed zawarciem umowy,
– czy usługa zapewnia tryb pracy skanera w układzie wysokiej dostępności,
– czy usługa obejmuje opiekę techniczną i serwisową uruchomionego środowiska.

3) Zamawiający poprosił również o wskazanie jakie składowe koszty zostały wliczone do pozycji 1 formularza oferty „utrzymanie infrastruktury sprzętowo – serwisowej”, a jakie do pozycji 2 „serwery”.

II. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawcy złożyli wyjaśnienia wraz z dowodami:

1) wykonawca Infomex Sp. z o.o. pismo z 16.01.2019 r.,

2) wykonawca Netia S.A. pismo z 17.01.2019 r.

Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami (w tym dowodami) zostały objęte przez wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie podziela argumentacji odwołującego, jakoby porównanie cen ofert złożonych w postępowaniu, w tym:

- Infomex Sp. z o.o. z ceną 2 134 824,48 zł i cenach szczegółowych w formularzu ofertowym za miesiąc usługi w pozycji 1 w wysokości 82 304,22 zł, w pozycji 2 w wysokości 166,17 zł,
- Netia S.A. z ceną 3 382 283,52 zł i cenach szczegółowych w formularzu ofertowym za miesiąc usługi w pozycji 1 w wysokości 140 436,48 zł, w pozycji 2 w wysokości 12,30 zł,
- odwołującego z ceną 3 656 937,60 zł i cenach szczegółowych w formularzu ofertowym za miesiąc usługi w pozycji 1 w wysokości 117 932,40 zł, w pozycji 2 w wysokości 861,00 zł,

mogło dać podstawę do przyjęcia, że ceny wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. są rażąco niskie.

Okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaoferowanych cenach, czy porównywanie średniej arytmetycznej cen szczegółowych, nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena, odbiegająca od średniej, jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce dostawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe od potencjalnych dostawców w zakresie oferowanego towaru i różnice te, jak dyktuje doświadczenie, potrafią być dużo wyższe niż zaistniałe w niniejszym postępowaniu. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki. Ponadto argumentacja taka posiada bezpośrednie odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., gdzie szeroko wskazywano na korzystne warunki, indywidualnie dostępne dla przedsiębiorców.

Wyżej wskazane okoliczności mają też bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników

cenowych, ofertowanych przez przedsiębiorców i za chybioną należy uznać argumentację odwołującego, o zaferowaniu nieekwiwalentnej ceny w pozycji nr 2 formularza ofertowego za sesje obliczeniowe, w ofertach wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., tylko dlatego, że odwołujący zaferował cenę wyższą.

Następnie Izba wskazuje, że stanowisko odwołującego jakoby wykonawcy Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. nie wycenili w swoich ofertach serwerów, które winny być przekazane zamawiającemu na czas realizacji usługi, pozostało niewykazane. Obaj wykonawcy uwzględnili w swoich ofertach fakt przekazania serwerów na czas realizacji zamówienia i wycenili tą okoliczność w pozycjach nr 1 swoich formularzy ofertowych, gdzie należało wycenić stały abonament za korzystanie przez zamawiającego ze sprzętu wykonawcy. Zaś twierdzenia odwołującego, jakoby należało to wycenić w pozycji nr 2 formularza ofertowego, dotyczącego ceny zmiennej za sesje obliczeniowe, są błędne. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała weryfikacji tych twierdzeń, przy rozpoznaniu zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (zarzut nr 2 z *petitum* odwołania) i stwierdziła, że proces myślowy, który legł u podstaw interpretacji SIWZ przez odwołującego odbył się ze znacznym przekroczeniem jej literalnej treści, nadto brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla przyjęcia postulowanej narracji.

Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, co do prawidłowego wyliczenia ceny ich ofert, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferty te winny zostać odrzucone.

Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez wykonawców wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko odwołującego o ogólnych, lakonicznych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaferowanej ceny przez jego konkurencję nie znajduje oparcia w ustalonym stanie sprawy. Przedłożone wyjaśnienia przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. i wykonawcę Netia S.A. zawierają szczegółowe odpowiedzi na wątpliwości zamawiającego, zgodnie z treścią wezwania, w tym zaznaczyć należy, że jednoznacznie i kompletnie odpowiadają na pytania zamawiającego (*vide* pkt 1 ppkt 1 – 3 okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Izba stwierdziła również, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że obaj wykonawcy rzetelnie skalkulowali ceny, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonemu w art. 90 ust. 2 p.z.p.

Należy zaznaczyć, że wyjaśnienia obu wykonawców wraz z dowodami zostały częściowo odtaśmione, jednakże znaczna część ich pozostała skutecznie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym niemniej warto zauważyć, że celem zakwestionowania prawidłowości kalkulacji Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. odwołujący – któremu wycena szczegółowych pozycji tabeli cen formularza ofertowego obu wykonawców była znana – ograniczył się do blankietowego zakwestionowania ceny jako takiej. Odwołujący zredukował swoją argumentację do podnoszenia, że ceny globalne ofert konkurencji i ich składniki cenowe są rażąco niskie, jednakże bez przybliżenia procesu analitycznego, który go do tego wniosku doprowadził. W istocie zatem odwołujący, w miejsce wskazania jak w jego ocenie, mając na uwadze regulacje SIWZ oraz warunki tego konkretnego zamówienia, należało skalkulować cenę – chociażby na bardzo ogólnym, przybliżonym poziomie – pozostał przy stwierdzeniu, że ceny konkurencji są w jego ocenie nieudowodnione, nierealne do uzyskania i jako takie rażąco niskie.

Z drugiej strony, obaj wykonawcy dostarczyli kompleksowe wyjaśnienia, które bezpośrednio odnosiły się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu, a także do całości przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, które mają bezpośrednie odzwierciedlenie w złożonych dowodach, Izba uznała za wiarygodne i wyczerpujące, a w konsekwencji zarzuty odwołującego w tym zakresie nie znalazły potwierdzenia i nie mogły doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie zamawiającego, dokonującego oceny tych wyjaśnień, naruszenia prawa. W ocenie Izby zamawiający miał uzasadnione podstawy do stwierdzenia, iż cena zaferowana przez wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. nie ma charakteru rażąco niskiej – zgodnie z wyjaśnieniami, zawierającymi wszystkie wymagane elementy, które zostały poparte dowodami co do każdej pozycji składnika ceny.

Należy również zaznaczyć, iż w ocenie Izby słuszne jest stanowisko przystępującego, iż przedstawiając uzasadnienie faktyczne zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący ograniczył się do porównania zaferowanej przez wykonawców ceny do wartości danej pozycji zamówienia i średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, zaś brak jest szczegółowego uzasadnienia powodów, z których wynikałoby, że ceny ofertowe mają charakter rażąco niskich. Nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o subiektywne przekonanie strony co do rzeczywistości – Krajowa Izba Odwoławcza orzeka bowiem na podstawie dowodów, nie zaś twierdzeń, a tym bardziej przekonania stron. Ponieważ wykonawcy w tym przypadku obszernie wykazali zasadność dokonanej kalkulacji, a odwołujący ograniczył się nawet nie do twierdzeń, a wyrażenia swojego subiektywnego przekonania o nierzetelności tej kalkulacji, nie było żadnych podstaw, aby te wiarygodne kalkulacje zakwestionować.

Izba wskazuje, że podnoszenie takich okoliczności jest istotnie utrudnione w odniesieniu do wyjaśnień, które zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jednak nie powstrzymuje odwołującego od przedstawienia prawidłowego – przynajmniej w jego ocenie – przybliżonego modelu kalkulacji, jaki należało zastosować. Takie sformułowanie zarzutu mogłoby jednak w niniejszej sprawie doprowadzić co najwyżej do większej szczegółowości w zakresie wyjaśnienia różnicy w cenie – a zatem nie ma zasadniczego znaczenia w świetle dowodów przedstawionych przez Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. w tej konkretnej sprawie. Wyjście poza sferę przekonania i przejście do konkretnych twierdzeń bądź wniosków dowodowych, mogłoby jednak doprowadzić do szerszego ujawnienia co konkretnie wzbudziło wątpliwości odwołującego i pozwoliłoby na ich szczegółowe omówienie. Fakt braku tych elementów w odwołaniu przypuszczalnie wtórnie związany był z wadliwym założeniem odwołującego co w danej pozycji formularza ofertowego należało skalkulować.

O ile zatem nie znajduje uzasadnienia obarczenie odwołującego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana, o tyle ogólnie należy wskazać, że zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że cena jest rażąco niska. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołujący, chociażby w przybliżeniu, przedstawił model kalkulacji, czy ogólne wyliczenia, które doprowadziły go do podniesienia zarzutów w odwołaniu zarzutów. Odwołujący zaś w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, ma charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie danej pozycji kosztów tak, jak gdyby nie była ona wcześniej wyjaśniana. Odwołujący przy tym

zapomniał, że udzielając wyjaśnień wykonawcy już dostarczyli materiał dowodowy na poparcie swoich kalkulacji cenowych, a więc sprostali ciężarowi nałożonemu na nich przez przepisy prawa – w przypadku uznania tego materiału za wiarygodny nie sposób jest odnieść w ww. regulacjach obowiązku dalszego dowodzenia okoliczności już dostatecznie wyjaśnionej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut postawiony w zakresie rażąco niskiej ceny winien, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 p.z.p., wskazywać na konkretną czynność zamawiającego, mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa, przy określeniu sposobu naruszenia normy, poprzez wyraźne wskazanie przedstawione w formie opisu, wyliczeń bądź zestawień, wskazujących, że czynność zamawiającego w zakresie oceny oferty wykonawcy jest, lub choćby może być, nieprawidłowa. Zatem, pomimo, że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień co do sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów (tak Izba w wyroku z 30.03.2017 r., sygn. akt KIO 476/17).

Nawet przy formułowaniu elementów, których obaj wykonawcy, w ocenie odwołującego, nie uwzględnił w cenie, czy je zaniżyli – co nie znalazło potwierdzenia w złożonych wyjaśnieniach i dowodach – odwołujący pozostawił je w sferze ogólnych rozważań, bez próby konkretyzacji możliwych kosztów, bądź wykazania, ile takie koszty mogłyby potencjalnie wynosić, chociażby w dalekim przybliżeniu – pomimo, że odwołujący doskonale znał wartość wszystkich szczegółowych składników cenowych, zawartych w formularzach ofertowych, które były jawne i wynikały wprost ze złożonych ofert.

Zatem tak postawione zarzuty nie mogły odnieść pozytywnego skutku i doprowadzić do przyjęcia zaistnienia po stronie zamawiającego, dokonującego oceny wyjaśnień naruszenia prawa, ponieważ nawet sam odwołujący nie był w stanie sprecyzować na czym takie naruszenie mogłoby polegać. Przy tym należy mieć na uwadze, że przesłanki odrzucenia oferty należy interpretować w sposób ścisły i zastosowanie odrzucenia oferty na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. wymaga ustalenia w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

Należy również zaznaczyć, że wykonawca Infomex Sp. z o.o. obecnie realizuje dla zamawiającego tożsame zamówienie, za porównywalną cenę, co dodatkowo dowodzi realności zaoferowanej ceny przez wykonawcę.

W konsekwencji powyższych wywodów Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. Postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone prawidłowo, wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdziły konkurencyjny i realny charakter cen zaoferowanych przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. i wykonawcę Netia S.A., więc zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia obu ofert. Zatem postawiony w pkt 1 *petitum* odwołania zarzut jako bezpodstawny został przez Izbę oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby zarzut postawiony w pkt 2 *petitum* odwołania – tj. naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i Netia S.A. w Warszawie, ponieważ ich treść nie odpowiada treści SIWZ – posiadał uzasadnione podstawy i jako taki zarzut ten został przez Izbę oddalony.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 p.z.p. skład orzekający wskazuje, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem .

Na kanwie art. 82 ust. 3 p.z.p. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś opierając się na definicji oferty, zawartej w art. 66 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., tj. oświadczenie drugiej strony woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Zatem niezgodność oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczy materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty rozumie się deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego, przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Innymi słowy treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że niezgodność treści oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę. Wada oferty wypełniająca hipotezę tego przepisu może również polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ – z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego – a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w dokumentacji postępowania.

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17 „przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że w wykonawca zaoferował świadczenie inne niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.” Skład orzekający pogląd ten popiera i przyjmuje za własny.

Ponadto omawiana niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Zatem dotyczy sytuacji kiedy zamawiający nie ma możliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ – na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, który wynika ze zdania drugiego tego przepisu.

Dalej skład orzekający wskazuje, że zastosowanie sankcji w postaci odrzucenia oferty, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., wymaga wykazania na czym niezgodność oferty polega, poprzez jednoznacznie wskazanie w ofercie co nie jest zgodne i w jaki sposób ta niezgodność występuje – w konfrontacji z klarownie wskazanymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10.11.2011 r. sygn. akt XIX Ga 477/11, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 22.05.2017 r. sygn. akt III Ga 452/17).

Zatem punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, sporządzonej w danym postępowaniu. Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on zobowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Udostępnienie SIWZ jest bowiem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić

(por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16.05.2012 r. sygn. akt II Ca 397/13, wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 11.03.2013 r. sygn. akt I C 577/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15).

W ocenie składu orzekającego treść dokumentacji postępowania winna być interpretowana w miarę możliwości literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania, tak aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego, czy weryfikacji ofert konkurencji, a także aby ograniczyć pole ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących uznaniowością przy ocenie ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła jak niżej.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia – okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania.

I. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obliczeniowych z wykorzystaniem serwerów wykonawcy oraz opieki serwisowej i technicznej. Opis przedmiotu zamówienia został określony przez zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ (pkt 3.1 rozdziału 3 SIWZ postanowienia ogólne).

II. W załączniku nr 1 zamawiający wskazał, że:

„1. Przedmiot zamówienia:

- Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obliczeniowych opartych na serwerach klasy HPC (ang. High Performance Computing) wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo – systemowej, oraz opieki technicznej i serwisowej.
- Zamówienie dotyczy usług świadczonych na podstawie umowy przez okres 2 lat, przy płatności miesięcznej za dostarczaną moc obliczeniową na bazie serwerów obliczeniowych wraz z opieką techniczną i serwisową, o parametrach wyszczególnionych w punkcie 3.

2. Minimalne wymagania techniczne: Komponenty sprzętowe będą musiały spełnić następujące minimalne wymagania:

- Serwery obliczeniowe: 40 sztuk (CPU 2, vCPU 24, RAM mem 256 GiB, SSD dyski o sumarycznej pojemności 480GB netto w raidzie 1, networking: 2 x 10 Gigabit Ethernet, 2 x 56 Gigabit Infiniband),
- Przestrzeń dyskowa współdzielona 60 TB – SSD – Infiniband pomiędzy serwerami obliczeniowymi a macierzą.

5. Zamawiający wymaga comiesięcznych zestawień zużycia zasobów systemowych w podziale na pojedyncze serwery, jak i w postaci zagregowanej przy uwzględnieniu następujących parametrów zużycia:

- Zużycie procesora CPU (miesięczne średnie zużycie procentowe CPU przy normalizacji względem liczby rdzeni, tak aby wartości per serwer były od 0% do 100% – chodzi o zużycie monitorowane na podstawie konsumpcji prowadzonej przez aplikacje – %user przy użyciu narzędzia System Activity Monitor(SAR)),
- Zużycie pamięci RAM (miesięczne średnie zużycie procentowe RAMu, dokładniej RES – Physica Memory used) - wartości per serwer były od 0% do 100%.”

III. Wykonawca określi cenę w załączniku nr 2 do SIWZ – formularz oferty, za całość przedmiotu zamówienia opisanego w załączniku nr 1 do SIWZ (pkt 16.1 rozdziału 16 SIWZ opis sposobu obliczenia ceny).

Zgodnie z formularzem oferty:

- 1) w pozycji 1 wykonawcy mieli wycenić „Utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej”: gdzie należało wskazać cenę w zł brutto za miesiąc, a także cenę brutto za 24 miesiące (pomnożyć cenę brutto za 1 miesiąc x 24 miesiące);
- 2) w pozycji 2 wykonawcy mieli wycenić: „Sesje obliczeniowe wykorzystujące zasoby procesora i pamięci. Każdy serwer dostarcza jedną sesję obliczeniową. Wykonawca podaje cenę jednostkową przy założeniu maksymalnego miesięcznego zużycia zasobów na poziomie 90% (dokładna formuła liczenia w § 14 ust. 3 lit. b) (wzoru umowy – przyp. Izba) Serwer”: gdzie należało wskazać cenę w zł brutto za miesiąc, a także cenę brutto za 40 serwerów za 24 miesiące (pomnożyć cenę brutto za 1 miesiąc x 40 serwerów x 24 miesiące).

IV. W § 14 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ):

„3. Wynagrodzenie miesięczne będzie składało się z następujących elementów:

- a) Stałego abonamentu za utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej w wysokości ...
- b) Sesji obliczeniowych wykorzystujących zasoby procesora i pamięci. Każdy serwer dostarcza jedną sesję obliczeniową. Poziom miesięcznego wykorzystania pojedynczej sesji obliczeniowej będzie liczony dla każdego serwera oddzielnie, na podstawie % wartości jednostkowej zużycia serwera według formuły: $(1/2 * \text{server CPUs user average usage per month (0-100\%)} + 1/2 * \text{server RAM average usage per month (0-100\%)})$, a następnie miesięczne średnie wartości zużycia per serwer (podane w %) będą przemnażane przez jednostkowe kwoty wskazane w ofercie Wykonawcy dla serwerów danego typu. Dokładne opisy atrybutów cpu i ram w pkt 4 OPZ.”

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

Nie potwierdziło się stanowisko odwołującego jakoby oferty wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. nie zawierały w cenie ofertowej przekazania zamawiającemu serwerów obliczeniowych, na których będzie wykonywana usługa, będąca przedmiotem zamówienia. Postępowanie dowodowe wykazało, że obaj wykonawcy zawarli to w cenie pozycji 1 formularza ofertowego tj. utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej. Jest to wskazane w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny obu wykonawców i poparte stosownymi dowodami (o charakterze poufny, objętym tajemnicą przedsiębiorstwa), co zostało opisane przez Izbę w wywodzie dotyczącym zarzutu zawarcia rażąco niskiej ceny w

ofertach obu wykonawców. Natomiast stanowisko odwołującego, obciążonego ciężarem dowodu, ograniczało się do negowania tej okoliczności i podnoszenia niezgodności ofert z treścią SIWZ, bez podjęcia chociażby próby jej wykazania.

Dalej Izba wskazuje, że zarówno wykonawca Infomex Sp. z o.o., jak i wykonawca Netia S.A., obowiązek przekazania i utrzymania serwerów na czas realizacji umowy wycenili w pozycji 1 formularza ofertowego, zaś w pozycji 2 wykonawcy uwzględnili ceny za sesje obliczeniowe.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy byli zobowiązani do wyceny komponentu sprzętowego – serwer w pozycji 2 formularza ofertowego, zaś wycena w pozycji 1 powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Po pierwsze w ocenie składu orzekającego niezgodność oferty z treścią SIWZ, jak już wcześniej wskazano, jest niezgodnością merytoryczną. Odwołujący postawił ofertom konkurencji zarzut niezgodności formalnej – wyceny w złej pozycji w formularzu ofertowym. Zatem już samo sformułowanie zarzutu powoduje, że nie mógł on zostać przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględniony.

Tym niemniej wskazywany przez odwołującego błąd formalny nie potwierdził się. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wykonawcy Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., prawidłowo wskazali cenę za korzystanie z ich serwerów przez zamawiającego w pozycji 1 formularza ofertowego pn. „utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej”.

Po wtóre dokonując wykładni treści SIWZ, rozpoczynając od wykładni językowej wskazać należy, że niewątpliwym jest, że cena za korzystanie przez zamawiającego z serwerów obliczeniowych wykonawcy ma bezpośrednie odzwierciedlenie w formularzu ofertowym i jest to wprost pozycja nr 1 pn. „utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej”. W pozycji tej wykonawca wycenia, ile miesięcznie (i za 24 miesiące świadczenia usługi) zamawiający winien mu zapłacić za to, że korzysta ze sprzętu wykonawcy. Jest to stały abonament za korzystanie z serwerów przedsiębiorcy, a cena z pozycji 1 formularza wykonawcy zostanie przeniesiona do § 14 ust. 3 lit. a umowy.

W pozycji nr 2 formularza pn. „sesje obliczeniowe wykorzystujące zasoby procesora i pamięci (...)”, zgodnie z jej brzmieniem wykonawcy mieli wycenić cenę wskazaną w § 14 ust. 3 lit. b) wzoru umowy, do której wprost odsyła ta pozycja formularza ofertowego. Jest to cena za wykorzystanie zasobu procesora i pamięci serwerów, które liczy się zgodnie z formułą wskazaną w § 14 ust. 3 lit. b) wzoru (*vide* pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Związane jest to również z miesięcznymi zestawieniami zużycia zasobów systemowych, w podziale na pojedyncze serwery, o których mowa w pkt 5 opisu przedmiotu zamówienia, co do zużycia procesora i zużycia RAM.

Zatem niezrozumiałym pozostało, dlaczego, w ocenie odwołującego, w pozycji nr 2 formularza ofertowego, wykonawcy winni uwzględnić nie tylko koszty sesji obliczeniowych (zgodnie z brzmieniem pozycji), a jeszcze jakieś inne – dodatkowe koszty, czy to za korzystanie, czy za nabycie serwerów, jak postulował odwołujący. W szczególności, kiedy koszty przekazania zamawiającemu sprzętu na okres trwania umowy są wskazane w pozycji nr 1 infrastruktura. Pozycja nr 2 formularza ofertowego to wyłącznie koszt zużycia zasobów serwerów – w postaci procesora oraz pamięci. Nie ma podstaw – w oparciu o treść dokumentacji postępowania – do wliczenia tam jakiegokolwiek innego wynagrodzenia.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, iż istotne znaczenie ma cena całkowita oferty, zaoferowana za realizację przedmiotu zamówienia – o czym świadczy pkt 17. 1 SIWZ kryteria oceny ofert – natomiast podział ceny w formularzu ofertowym na dwa elementy miał służyć obliczeniu ceny za sesję obliczeniową wykonywaną przez serwer oraz ceny za przekazanie i utrzymanie infrastruktury.

W ocenie składu orzekającego powyższe potwierdza sama konstrukcja formularza ofertowego, która stanowi dokładne odwzorowanie § 14 ust. 3 wzoru umowy. Pozycja nr 1 to koszt wskazany w § 14 ust. 3 lit. a, zaś pozycja nr 2 to § 14 ust. 3 lit. b wzoru umowy.

Przy czym warto nadmienić, że określony przez zamawiającego sposób przygotowania oferty nie spowodował niejasności czy trudności dla wykonawców, którzy sporządzali oferty, w tym wypełniali formularze ofertowe. Nie było w tym przedmiocie wniosków o wyjaśnienie czy doprecyzowanie dokumentacji. Zatem można przyjąć, że okoliczność ta nie budziła wątpliwości wykonawców, którzy jako podmioty prowadzące działalność o zawodowym charakterze, w przypadku wątpliwości mają obowiązek wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania przez zadawanie pytań zamawiającemu (*vide* wyrok Sądu Najwyższego z 05.06.2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego, budzi poważną wątpliwość przyjęcie stanowiska odwołującego, powodujące całkowite pominięcie treści dokumentacji postępowania i postulowanie obowiązku wyceny w pozycji nr 2 formularza ofertowego kosztu korzystania z serwerów, w postaci innej niż wskazane tam zużycie zasobów na sesje obliczeniowe. Stanowisko odwołującego jest bowiem sprzeczne z brzmieniem SIWZ.

W ramach wykładni funkcjonalnej oświadczenia zamawiającego z formularza ofertowego, Izba stwierdziła, że pozycja nr 1 formularza ofertowego dotycząca opłaty za sprzęt od wykonawcy jest kosztem stałym, a w związku z faktem, że serwery dostarcza się na początku trwania umowy, poniesienie tego kosztu jest dla wykonawców obligatoryjne. Nie można więc podzielić argumentacji o przeniesieniu kosztu sprzętu do pozycji nr 2 formularza ofertowego, która stanowi koszty zmienne – całkowicie zależne od tego czy zamawiający będzie ze sprzętu korzystał, w tym jak intensywnie. Zamawiający nie wskazał nigdzie w dokumentacji minimalnej ilości sesji obliczeniowych, które wykona, zatem w skrajnym przypadku wykonawca może nic nie zarobić, a koszt przekazania zamawiającemu swoich serwerów na czas trwania umowy będzie zobowiązany ponieść.

Odwołujący szeroko rozpisywał się, przy zarzucie rażąco niskiej ceny, że działalność gospodarcza jest nastawiona na zysk. Trudno zatem przyjąć narrację, iż odwołujący, będący profesjonalnym uczestnikiem na rynku usług informatycznych, z niewiadomych przyczyn postuluje odejście od działalności zarobkowej na rzecz przyjęcia całkowicie oderwanego od realnej treści zobowiązania ryzyka gospodarczego które – parafrazując stanowisko odwołującego w tym zakresie, objawiałoby się tym, iż przez dwa lata zamawiający będzie korzystał z serwerów przedsiębiorcy, a wykonawca w skrajnym przypadku nie otrzyma za to wynagrodzenia, bo zamawiający nie będzie na serwerach przeprowadzał sesji obliczeniowych. Takie stanowisko jest sprzeczne nie tylko z celem prowadzenia działalności gospodarczej, ale powoduje niespójność środka zaskarżenia, gdzie w jednym miejscu (zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny) odwołujący zarzuca konkurencji złożenie ofert, w których nie uwzględniono w sposób właściwy zysku, ale już przy zarzucie niezgodności z treścią SIWZ, odwołujący odchodzi od zarobkowego charakteru prowadzenia przedsiębiorstwa i postuluje obliczenie ceny oferty w taki sposób, że istnieje znaczące ryzyko poniesienia przez przedsiębiorcę straty, w wyniku całkowicie niezależnych od niego okoliczności.

Izba wskazuje dalej, że rzekomy podział na komponenty, podnoszony na potrzeby postępowania odwoławczego przez odwołującego (który miałby świadczyć o innej treści formularza ofertowego, niż w nim wskazana) nie ma odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania. Jak trafnie wskazał przystępujący zamawiający w żadnym miejscu nie wprowadza takiego podziału jak postulował odwołujący, zaś przedmiotem zamówienia jest usługa, na którą składa się usługa obliczeniowa i usługa opieki serwisowej oraz technicznej. Logicznym jest, że świadczenie usługi obliczeniowej wymaga od wykonawców przekazania zamawiającemu sprzętu, na którym będzie się to odbywało. Zestawienie

określonych wymagań technicznych zamawiającego co do serwerów, na które powoływał się odwołujący, nie może skutkować zmianą charakteru prawnego umowy – którą zgodnie z SIWZ jest wyłącznie świadczenie usługi na rzecz zamawiającego na sprzeczanie wykonawcy.

Zatem budzi poważne wątpliwości wskazanie przez odwołującego na parametry techniczne przedmiotu zamówienia i postulat o odejściu od literalnego brzmienia formularza ofertowego i doszukiwania się obowiązku wkalkulowania w pozycji nr 2 formularza pn. sesje obliczeniowe, kosztów „za serwer”. Trudno też nie zaważyć, że odwołujący nie zdecydował się bliżej określić w odwołaniu czym są „koszty za serwer” o których pisał, jedynie wiadomym jest, że nie zostały one w ocenie odwołującego ujęte w ofertach konkurencji.

Skład orzekający nie znalazł żadnych podstaw, aby przychylić się do wybiórczej i subiektywnej interpretacji treści dokumentacji postępowania, dokonanej przez odwołującego. Odwołujący skupił się w odwołaniu na wskazywaniu zaistniałych w jego ocenie naruszeń prawa materialnego, pomijając, że pierwszym i koniecznym elementem dla rozpoczęcia weryfikacji czy w ogóle doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., jest ustalenie treści SIWZ. W odwołaniu poświęcono wiele uwagi na twierdzenia w zakresie wadliwej wyceny w formularzu ofertowym konkurencji odwołującego, co w konsekwencji również miało stanowić o rażąco niskiej cenie i popełnieniu deliktu nieuczciwej konkurencji, jednakże umknęło uwadze odwołującego, że wskazywane przez niego zarzuty nie mogą stać w sprzeczności z warunkami ustalonymi przez zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Następnie skład orzekający stwierdził, że odwołujący we wniesionym odwołaniu wskazał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 – 3 p.z.p., ponieważ nie odrzucił ofert jego konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że w oparciu o zasady ogólne wynikające z art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również przejrzystości postępowania, stanowisko odwołującego nie mogło się ostać. Odwołujący postulował odejście od brzmienia treści dokumentacji, dokonując autorskiej interpretacji, która miała nakładać na wykonawców wymogi, nie wynikające z treści SIWZ. Właśnie ze względu na wskazywane przez odwołującego zasady naczelne p.z.p. Izba nie mogła przychylić się do tak postawionych zarzutów.

Odwołujący podnosił również, iż skoro zamawiający twierdzi, że cenę za korzystanie z serwerów wykonawcy należało wskazać w pozycji nr 1 formularza ofertowego, kiedy odwołujący wyliczył ją w pozycji nr 2, to oferta odwołującego winna podlegać odrzuceniu. Skład orzekający podzielił w tym zakresie trafne stanowisko zamawiającego, że brak jest w dokumentacji postępowania stanowczego zakazu wyceny kosztu za korzystanie z serwera wykonawcy w pozycji nr 2, zatem nie zachodzi merytoryczna niezgodność oferty. Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność, ograniczoną zaferowaniem w ofercie przedmiotu zgodnego z zakresem zamówienia. Trudno również nie dostrzec, że cena odwołującego nie była wyjaśniana, w przeciwieństwie do cen wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A.

Ponadto, w przedłożonym stanowisku procesowym z 18.02.2019 r., odwołujący wskazywał dodatkowo, w jego ocenie, okoliczności powodujące niezgodności ofert konkurencji, z treścią SIWZ, tym razem co do pozycji nr 2, a nie nr 1, formularzy ofertowych Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. Okoliczności tych nie ma w odwołaniu, zatem w związku z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może w tym zakresie orzekać.

Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, że odwołujący nie wykazał, aby również pozycja nr 2 z ofert konkurencji została wyceniona niezgodnie z treścią SIWZ. Argumentacja odwołującego, opierająca się na wybiórczych, wyrwanych z kontekstu pojedynczych zdaniach z części jawnej wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., w ostateczności nawet nie mogłaby spowodować rozważania czy nie należy zastosować art. 87 ust. 1 p.z.p. i dopytać wykonawców o zasoby z pozycji nr 2. W żadnym wypadku natomiast nie mogłoby to doprowadzić do wniosku, że doszło do naruszenia prawa w postaci braku zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Tym niemniej w ocenie Izby – która zweryfikowała całość wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny obu wykonawców, w tym w zakresie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa – obaj wykonawcy jednoznacznie potwierdzili nie tylko realność ceny, ale też zgodność ofert z treścią SIWZ, zatem nie ma podstaw do wzywania wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień, a stanowisko odwołującego pozostało w sferze spekulacji strony.

W szczególności nie znalazło odzwierciedlenia w aktach sprawy założenie odwołującego, jakoby w pozycji nr 2 formularza ofertowego wykonawca Infomex Sp. z o.o. zawarł wyłącznie koszt energii elektrycznej. Jak w swoich wyjaśnieniach wskazał wykonawca Infomex Sp. z o.o. jest to jeden ze składników tej pozycji, w postaci realnego kosztu zużycia energii. Już w części jawnej wyjaśnień – właśnie we wskazywanej przez odwołującego tabeli ze str. 11 – widać, że koszt sesji obliczeniowych serwerów wykonawcy Infomex Sp. z o.o. to koszt: „zasilania [kWh] zużycie energii w wyniku obciążenia 40 szt. serwerów sesjami obliczeniowymi” i „eksploatacja serwera podczas sesji obliczeniowej – wykorzystanie procesora CPU i pamięci RAM serwera”. Zgodnie z tabelą obie ww. pozycje to „zakres do wyceny” dla kosztu sesji obliczeniowych, serwer. Ponadto prawidłowe obliczenie kosztu zużycia sprzętu ma również odzwierciedlenie w dowodzie nr 3 z wyjaśnień, gdzie znajduje się szczegółowa tabela. Potwierdza to jednoznacznie, że wykonawca zawarł w cenie (za sesje obliczeniowe serwerów) koszt zasobów wykorzystania procesora i pamięci RAM serwera, przy realnym koszcie energii i jest to spójne z całym wyjaśnieniem.

W odtajnionej części wyjaśnień (pismo z 11.02.2019 r. ZP-MB-2402-260-23/1018), na str. 10 pkt III ppkt 2 wykonawca Infomex Sp. z o.o. stwierdził: „wskazujemy składniki, które zostały wliczone do poszczególnych pozycji formularza oferty (...) w rozbiciu na pozycje w formularzu ofertowym: 2. pozycja „serwer” – cena za „sesje obliczeniowe” w rozbiciu na jeden serwer – stanowi wynik kosztu poniesionego z tytułu korzystania przez zamawiającego z jego mocy obliczeniowej (czyli eksploatacji serwerów), wartość miesięczna zatem jest kwotą za sesje obliczeniowe w podziale na konkretny serwer, czyli wykorzystanie jego procesora i pamięci”.

W istocie sformułowane kwestionowanie, nawet nie niezgodności merytorycznej, ale wskazywanie na wadę formalną, ofert wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. przez odwołującego, nie mogło odnieść pozytywnego skutku, wobec faktu, że obie oferty zawierają zobowiązanie wykonawców zgodne z zobowiązaniem wynikającym z dokumentacji postępowania.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. pozostała gołosłowna, zmierzała wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony, nadto jest sprzeczna z ustalonym stanem faktycznym sprawy i jako taka nie mogła stanowić podstawy do stwierdzenia wadliwych czynności czy zaniechań zamawiającego, zatem zarzut nr 2 został przez Izbę oddalony.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 4 z *petitum* odwołania, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 – 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 p.z.p., podniesionego jako prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i Netia S.A. w Warszawie, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia ofert obu wykonawców.

Zaznaczyć należy, że odwołujący omawiany zarzut oparł na naruszeniu przez zamawiającego naczelných zasad zamówień publicznych, tj. art. 7 ust. 1 p.z.p. w brzmieniu „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. A także art. 7 ust. 3 p.z.p. o treści „zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”.

Umknęło przy tym uwadze odwołującego, że samo powołanie się w treści zarzutu na normę określoną w art. 7 p.z.p. nie jest wystarczające dla uznania takiego zarzutu za nadający się do rozpoznania.

Wypada zauważyć, że Izba, dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych, uwzględniła systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p. Nie zwalnia to jednak odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych, które uzasadniają w jego ocenie naruszenie nie tylko przepisu szczegółowego – tożsamy obowiązek postawienia prawidłowo sformułowanego zarzutu dotyczy również art. 7 p.z.p. oraz wykazania związku pomiędzy czynnością lub zaniechaniem zamawiającego w konkretnych, wykazanych okolicznościach faktycznych, a zaistniałym naruszeniem teź dyrektywy ogólnej.

Nie można przy tym przyjąć w sposób automatyczny, iż nawet, jeżeli w ocenie odwołującego zachowanie zamawiającego mogło wystąpić przeciw którejkolwiek z norm szczególných p.z.p., to jednocześnie dochodzi do naruszenia naczelných zasad zamówień publicznych. We wniesionym środku ochrony prawnej odwołujący, poza powołaniem się na naruszenie art. 7 p.z.p., nie zdecydował się na ujawnienie co legło u podstaw, aby zarzut taki zamawiającemu w ogóle postawić.

Twierdzenia o zaniechaniu odrzucenia przez zamawiającego ofert obu wykonawców pozostały gołosłownym stanowiskiem strony, które nie zostało przez odwołującego wykazane. Zarzuty nr 1 i 2 Izba uznała za bezpodstawne i w konsekwencji ich oddalenia również zarzut nr 4 nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Infomex Sp. z o.o. w Żywcu i Netia S.A. w Warszawie, pomimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zatem zarzut nr 3 z *petitum* odwołania został przez Izbę oddalony.

W oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” Należy zwrócić uwagę, że nie jest to podstawa samoistna, a zastosowanie odrzucenia oferty na kanwie omawianej normy wymaga wykazania przez stronę jakim czynem stypizowanym w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mamy do czynienia i na czym on w okolicznościach konkretnej sprawy polega.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że naruszono klauzulę generalną w postaci art. 3 ust. 1 z.n.k., zgodnie z którym „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. A także art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k, który stanowi, iż „czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

W ocenie odwołującego obaj wykonawcy celowo zaniżyli wartość ceny jednostkowej za serwer (nie uwzględniając rzeczywistych kosztów serwera), a także w sposób nieuprawniony przerzucili koszty za korzystanie przez zamawiającego z serwerów wykonawcy do pozycji nr 1 formularza ofertowego pn. „utrzymanie infrastruktury sprzętowo – systemowej”, kiedy powinny być one poniesione w pozycji nr 2 pn. „sesje obliczeniowe wykorzystujące zasoby procesora i pamięci (...)”. Zdaniem odwołującego doszło do „procederu manipulowania cenami jednostkowymi zaoferowanymi za serwer”. Jednakże z taką argumentacją, w ocenie składu orzekającego, nie sposób się zgodzić.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego o braku uwzględnienia przez wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. kosztów sprzętu, na którym ma być wykonywana usługa nie znalazło potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy.

Omawiany zarzut nie mógł być również uwzględniony wobec braku wykazania przez odwołującego, że zamawiający w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobligował wykonawców do wyceny w spornej pozycji nr 2 formularza ofertowego za sesje obliczeniowe, jakiegokolwiek innego kosztu niż cena za sesje obliczeniowe, wykorzystujące zasoby procesora i pamięci (liczone wg wzoru z § 14 ust. 3 lit. b wzoru umowy).

Krajowa Izba Odwoławcza weryfikowała wyżej wskazane okoliczności podczas rozpoznania zarzutów nr 1 i 2 odwołania i wywód tam zawarty zachowuje aktualność również w stosunku co do rozpoznawanego zarzutu nr 3.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby, *a priori* nie mogło dojść do zarzucanych deliktów nieuczciwej konkurencji, skoro podnoszone przez odwołującego okoliczności są sprzeczne z ustalonym stanem rzeczy. Zarzut ten nie mógł doprowadzić do przyjęcia naruszenia prawa przez zamawiającego, ponieważ jest bezzasadny, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Na marginesie skład orzekający zaznacza, za wyrokiem Sądu Okręgowego z Gdańsku z 13.01.2015 r. sygn. akt XII Ga 731/14 „że jedną z okoliczności przesądzających o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 z.n.k. jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku (...) W odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji z.n.k. wymaga jednak udowodnienia, że nawet oferowanie usług poniżej kosztów własnych musi być umyślnym działaniem. Użyte w art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. sformułowanie "w celu" wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji określony w tym przepisie musi być popelniony świadomie i z winy umyślnej. Wykonawcy powinno być zatem wykazane, że zaniżenia ceny dokonał celowo i z zamiarem wyeliminowania innych wykonawców.” Trudno zatem chociażby hipotetycznie przyjąć, że postulowana przez odwołującego rzekoma formalna niezgodność ofert konkurencji, w postaci nieprawidłowej wyceny jednej pozycji formularza, w innej, w ogóle mogłaby prowadzić do naruszenia prawa wskazanego w tej normie. O pozycji wykonawcy w rankingu, a tym samym o możliwości uzyskania przez niego zamówienia, decyduje – w oparciu o kryteria oceny ofert, *vide* pkt 17.1 SIWZ – wyłącznie cena globalna oferty, a nie ceny poszczególných pozycji formularza ofertowych. Natomiast w stosunku do naruszenia klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 z.n.k. odwołujący ani nie wskazał, ani nie wykazał, że w ogóle mogło dojść do naruszenia prawa.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że powołane przez odwołującego dowody w postaci uzasadnienia

wyroku Izby z 21.12.2018 r. sygn. akt KIO 2516/18 i protokołu z tejże rozprawy, a także pism procesowych wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A. składanych w tamtej sprawie, nie są przydatne dla rozstrzygnięcia okoliczności, na które wskazywał odwołujący. Skład orzekający zweryfikował wskazane dokumenty i stwierdził, że nie można na ich podstawie dokonać ustaleń przydatnych dla rozpoznania odwołania. Nadto dowody te zostały powołane dla zwłoki, a fakty będące ich przedmiotem zostały wykazane poprzez wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny obu wykonawców.

Należy również zwrócić uwagę, że Izba zbadała szczegółowe wyjaśnienia wykonawców Infomex Sp. z o.o. i Netia S.A., które zostały złożone właśnie w wyniku uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 2516/18. Zatem realność kalkulacji ceny wykonawców i zgodność z treścią SIWZ, zostały potwierdzone obszernymi wyjaśnieniami, wprost odnoszącymi się do okoliczności, które Izba nakazała zamawiającemu wyjaśnić w wyniku uwzględnienia odwołania sygn. akt KIO 2516/18.

W zakresie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnej, w postaci ekspertyzy z 16.02.2019 r. KIGEiT/670/2019 konieczne wydaje się przypomnienie, że dowody w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą są powoływane na okoliczność stwierdzenia faktów.

Okoliczność ta i jej przełożenie na ocenę wniosków dowodowych powoływanych na okoliczność sądów, ocen, wyrażenia stanowiska co do tego jak należy coś interpretować (w tym inne dowody), bądź co do prawa, w systemie rodzimych norm proceduralnych wielokrotnie analizowało sądownictwo powszechne (tak Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27.07.2017 r., sygn. akt I ACa 445/16, Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 03.04.2014 r., sygn. akt I ACa 885/13, Sąd Najwyższy w wyroku z 29.02.2008 r., sygn. akt V CSK 457/07) – choć wyroki te zapadały na gruncie przepisów procedury cywilnej, to jednak nie sposób nie zauważyć trafności części podnoszonej tam argumentacji również w odniesieniu do postępowania przed Izbą.

Warto bowiem w tym zakresie zwrócić uwagę na zbieżność treści art. 190 ust. 1 p.z.p. („Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (...)”) i art. 217 § 1 k.p.c. („Strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej.”) oraz posłankowo art. 227 k.p.c. („Przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.”). Ten nacisk ustawodawcy na fakty – w odróżnieniu od ocen czy stanowisk co do prawa, czy wręcz próby transponowania oceny innych dowodów jako okoliczności faktycznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z 03.02.2006 r. w sprawie II PK 156/05 gdzie wskazano „to nie strona a Sąd ocenia, które fakty mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i tylko one mogą być przedmiotem dowodu”), ciężko uznać za przypadkowy. Jednocześnie – w kontekście konkretnie tego dowodu, warto przypomnieć, że ocen treści regulacji prawnych nie należy nawet do sfery „wiadomości specjalnych”, które można byłoby ustalić przy pomocy biegłego – choćby w opinii prywatnej (podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 10.05.2017 r., sygn. akt III AUa 822/15).

W konsekwencji należy uznać, że również w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wnioski dowodowe, których celem nie jest stwierdzenie faktów, a transponowanie do materiału dowodowego subiektywnych ocen, ocen co do prawa, stanowiska co do wykładni czy polemik o charakterze prawnym są z zasady niedopuszczalne, jako nieznanne procedurze postępowania przed Izbą. Omawiany „dowód” ma taki właśnie charakter – nie został powołany na okoliczność faktów, a stanowi nic więcej, jak próbę transponowania do materiału dowodowego ocen, twierdzeń i subiektywnych przekonań autora co do tego jak należy interpretować SIWZ. Powyższa zaś kwestia, tj. interpretacji postanowień SIWZ znajduje się w kognicji Izby, a nie autora opinii prywatnej. Z uwagi na to, wniosek dowodowy w tym zakresie należało pominąć jako niedopuszczalny, albowiem nie zmierzający do ustalenia faktów, z których strona wywodzi skutki prawne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu oraz uzasadnionymi kosztami zamawiającego w postaci kosztu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....