Sygn. akt: KIO 2427/21

WYROK

z dnia 5 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 30 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę ATM S.A., z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy, Warszawa,
przy udziale:

A. wykonawcy GALAXY Systemy Informatyczne Sp. z o.o., z siedzibą w Zielonej Górze, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Infomex Sp. z o.o., z siedzibą w Żywcu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust.1 pkt 7, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w części dotyczącej usługi nr 2 wskazanej przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. w Załączniku nr 7 do SWZ.

2) Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w zw. z art. 74 ust. 1 - 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucić oferty wykonawców Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., BIT S.A., Sysclay sp. z o.o. i Polcom S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp; (iii) odtajnić w całości wyjaśnienia wykonawcy Infomex sp. z o.o. z dnia 28 czerwca 2021 r.; (iv) powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

3) W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4) Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy, Warszawa i:

1.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ATM S.A., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

1.2 zasądza od zamawiającego Ośrodka Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy, Warszawa na rzecz wykonawcy ATM S.A., z siedzibą w Warszawie kwotę 11 200 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2427/21

UZASADNIENIE

W dniu 13 sierpnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ATM S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Ośrodkowi Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy (dalej „Zamawiający") naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług obliczeniowych opartych na wysokowydajnych serwerach wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo-systemowej oraz opieki technicznej i serwisowej" (dalej: „Postępowanie" lub „Zamówienie") następujący przepisów ustawy Pzp:

5) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 226 ust.1 pkt 7), art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex Sp. z o.o. (dalej: „Infomex") jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia oraz poprzez brak uznania, że złożone przez tego wykonawcę dnia 28 czerwca 2021 r. wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i kosztu wraz z dowodami nie uzasadniają podanej przez wykonawcę Infomex w ofercie ceny lub kosztu, a także wskazują na to, że oferta Infomex ostała złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Zarzut #1];

6) art. 128 ust. 1, 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Infomex do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu i referencji, podczas gdy wykonawca Infomex przedstawił wykaz usług i referencje, które nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex, który nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu [Zarzut #2];

7) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (dalej: „Galaxy"), wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (dalej: „Enigma"), wykonawcy BIT S.A. (dalej: „BIT") na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP jako niezgodnych z warunkami Zamówienia jako

niezgodnych z warunkami Zamówienia (SWZ), w zakresie braku zaoferowania dysków SSD o pojemności wystarczającej by po założeniu mechanizmu raid 1 dla systemu operacyjnego dostępna przestrzeń netto wyniosła minimum 480 GB, a tym samym braku spełnienia przez wyżej wymienionych wykonawców wymagania wskazanego: w pkt 2 „Minimalne wymagania techniczne" lit. a) i lit. b) Opis przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SWZ „SSD dyski o sumarycznej pojemności 480GB netto w raidzie 1" (Pkt 3.1. Komponent serwerowy typu I oraz Pkt 3.2. Komponent serwerowy typu II „Przestrzeń dyskowa o sumarycznej, min. pojemności 480GB netto, RAID 1, technologia SSD") wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 16 kwietnia 2021 r. w odpowiedzi na pytanie nr 3, tj. wymagania „Zamawiający wyjaśnia, że jest to przestrzeń dostępna dla systemu operacyjnego po założeniu mechanizmu RAID1" w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania [Zarzut #3];

8) art. 16 pkt 1) i art. 17 ust. 3 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP i art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Infomex, Galaxy, Enigma, BIT, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Infomex jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy PZP [Zarzut #4];

9) art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2020 r. poz. 1913 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia jawnych dokumentów Postępowania, tj. wyjaśnień wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę Infomex dnia 28 czerwca 2021 r., o których przekazanie wnioskował Odwołujący dnia 3 sierpnia 2021 r., pomimo, że stanowią one dokumenty i informacje jawne, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez wykonawcę Infomex jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie określonym w uzasadnieniu odwołania [Zarzut #5]

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Infomex jako najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Infomex na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 PZP jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu Zamówienia, wezwania wykonawcy Infomex do złożenia dokumentów podmiotowych, tj. wykazu usług i referencji potwierdzających spełnienie warunków udziału zamówienia, a następnie odrzucenie oferty wykonawcy Infomex z Postępowania z powodu braku spełnienia warunków udziału w Postępowaniu lub braku złożenia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, zwrócenia się bezpośrednio do podmiotów na rzecz których były wykonywane zamówienia wskazane w Wykazie Usług o udzielenie informacji istotnych dla spełnienia przez Infomex warunków udziału w Postępowaniu, odrzucenia ofert wykonawców Galaxy, Enigma,

BIT, Sysclay i Polcom na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP jako niezgodnych z warunkami Zamówienia, wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień wyliczenia ceny oferty z dnia 28 czerwca 2021 r. i dowodów złożonych przez wykonawcę Infomex w zakresie, w którym część tych wyjaśnień nie została skutecznie objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym jest jawna i powinna zostać udostępniona Zamawiającemu w odpowiedzi na wniosek złożony dnia 3 sierpnia 2021 r.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, co następuje:

Zarzut #1 - wybór oferty wykonawcy Infomex/Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy

Inofmex

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dnia 8 czerwca 2021 r. opublikował informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 6.270.000,00 zł brutto. Natomiast cena oferty wykonawcy Infomex wskazana w informacji z otwarcia ofert jest aż o ponad 60 % niższa od wartości zamówienia wskazanej przez Zamawiającego, tj. wynosi 2.447.208,00 zł brutto. W związku z powyższym, w przypadku oferty wykonawcy Infomex Zamawiający miał

obowiązek wezwać tego wykonawcę na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 224 ust.1 PZP do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty i jej części składowych, w tym do złożenia dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, wskazując dodatkowo w jakim zakresie cena oferty wykonawcy Infomex budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający dnia 18 czerwca 2021 r. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1) PZP wezwał wykonawcę Infomex do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w tym wyjaśnienia czy uwzględnia ona wszystkie wymagania wskazane w SWZ, warunkach umowy i opisie przedmiotu zamówienia oraz czy obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu umowy. Wskazał również w jakim zakresie wyjaśnienia mają zostać udzielone oraz wezwał do złożenia dowodów na potwierdzenie okoliczności wskazanych w tych wyjaśnieniach. Wykonawca Infomex złożył wyjaśnienia wraz z dowodami dnia 28 czerwca 2021 r. zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa. Część wyjaśnień i złożonych dowodów została jednak odtajniona przez Zamawiającego i udostępniona Odwołującemu dnia 4 sierpnia 2021 r. Odwołujący wskazał, że nie ma możliwości zapoznania się z częścią informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy Infomex z dnia 28 czerwca 2021 r., i szczegółowego, konkretnego odniesienia się do zastrzeżonych cześć, jednakże z pozostałej części wyjaśnień w zakresie udostępnionym Odwołującemu wynika, że wyjaśnienia i złożone dowody nie były wystarczające do uznania przez Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę Infomex cena nie jest rażąco niska, a wykonawca ten jest w stanie za tę cenę w sposób należyty zrealizować przedmiot zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt b) wezwania do wyjaśnień z dnia 18 czerwca 2021 r., wprost wymagał przedstawienia „szczegółowej kalkulacji w rozbiciu na jej wszystkie składniki, w tym zysk, przedstawiającej sposób obliczenia zaoferowanej ceny". Wykonawca Infomex nie zastosował się jednak do tej części wezwania. Złożone wyjaśnienia pomimo swej zawartości (tabele, złożone dowody) charakteryzuje duży poziomo ogólności. Wyjaśnienia wskazują lakonicznie, ogólnikowo czynniki będące podstawą wyliczenia ceny oferty oraz nie zawierają szczegółowej kalkulacji ceny oferty z przedstawieniem podziału na jej wszystkie poszczególne elementy (wszystkich składników) i wyjaśnieniem cen jednostkowych w zakresie tych elementów składowych (poszczególnych składników). Wykonawca Infomex przyjął i przedstawił własny bardzo ogólny podział kosztów (dowód nr 2 - kalkulacja cenowa, tabela nr 1), który nie stanowi podstawy do uznania, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie składniki ceny oferty. Wykonawca Infomex nie przedstawia w tabeli nr 1 zgodnie z żądaniem sformułowanym w wezwaniu przez Zamawiającego „rozbicia na wszystkie składniki ceny ofertowej" i nie przedstawia szczegółowo przyjętych cen jednostkowych.

Odwołujący wskazał, że już w piśmie skierowanym do Zamawiającego dotyczącym m.in. obowiązku wezwania wykonawcy Infomex i szczegółowego wyjaśnienia cen jednostkowych istotnej części przedmiotu zamówienia, w ocenie Wykonawcy w szczególności Zamawiający powinien był ustalić czy cena istotnej części składowej tj. ceny jednostkowej za procesory Intel® Xeon® Gold 6136, 12 rdzeni, 3.00 GHz, Cache 24.75 MB (Serwer obliczeniowy typ I) dla 20 sztuk serwerów Fujitsu Technology Solutions oraz dla 40 sztuk serwerów HPE (łącznie 60 sztuk serwerów) nie jest rażąco niska. Wskazane procesory pochodzą z wysokiej, drogiej linii Gold, a w połączeniu z oczekiwaną przez Zamawiającego konfiguracją, dają bardzo wysoką cenę jednostkową za cały serwer. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że cena oferty w tym zakresie nie została wyjaśniona, a dodatkowo nie zostały złożone żadne dowody wskazujące jaką cenę jednostkową za procesor skalkulował w cenie serwera wykonawca Infomex i jakie czynniki obiektywne miały wypływ na to, że cena ta jest aż tak niska. Z wiedzy i doświadczenia Wykonawcy wynika, że wykonawca Infomex nie jest w stanie zaoferować tak niskiej ceny za realizację całego Zamówienia oferując jednocześnie drogie procesory nowej generacji. Dodatkowo wykonawca Infomex nie wyjaśnił w jaki sposób został skalkulowany koszt amortyzacji, eksploatacji (zużycia) serwerów, a tym samym procesorów, tj. w jaki sposób została skalkulowana cena procesora, jakie okoliczności i czynniki miały wpływ na tak niską cenę tego elementu dostarczanego rozwiązania.

Cena oferty Infomex w ocenie Odwołującego jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości realizacji zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego kosztów, nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty lub niedopuszczalnego na gruncie przepisów PZP zaniżania lub przerzucania kosztów realizacji zamówienia w zakresie poszczególnych jego etapów lub elementów. Biorąc pod uwagę, tak niską cenę oferty Infomex w stosunku do szacunkowe wartości zamówienia, w takiej sytuacji w pełni uzasadnionym było szczegółowe wyjaśnienie tej ceny jednostkowej przez Zamawiającego, a nie tylko w zakresie kalkulacji ceny za cały serwer lub cały przedmiot zamówienia. Niezbędne było przedstawienie przez wykonawcę Infomex sposobu kalkulacji ceny oferty w zakresie cen jednostkowych, w tym w szczególności wyjaśnienia jej istotnej części składowej jaką jest cena jednostkowa za serwery

oraz za procesory Intel® Xeon® Gold 6136, 12 rdzeni, 3.00 GHz, Cache 24.75 MB, czego wykonawca ten nie zrobił składając wyjaśnienia z dnia 28 czerwca 2021 r. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 24 września 2014 r. o sygn. KIO 1844/14 oraz wyrok z dnia 24 sierpnia 2012 r. o sygn. KIO 1734/12.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Infomex wskazują także na liczne nieprawidłowości, nieścisłości, które powinny wzbudzić poważne wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości przedstawionego wyliczenia (kalkulacji) ceny oferty przez wykonawcę Infomex. Wykonawca Infomex wskazał, że jednym z czynników pozwalających mu za tak niską cenę zrealizować przedmiot zamówienia jest „przychód uzyskany tytułem wyżej wspomnianych projektów", czyli przychód z wcześniej zrealizowanych zamówień (nie dochód). Należy jednak wyraźnie podkreślić, że niedopuszczalnym na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych jest wykazywanie, że koszty realizacji konkretnego zamówienia będą pokrywane z zysków, przychodów pochodzących z innych źródeł lub zamówień. Ten sposób wyliczenia ceny oferty jest zatem nieprawidłowy i oznacza sporządzenie kalkulacji ceny oferty na podstawie błędnych założeń. Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. KIO 39/11.Ponadto, Odwołujący zwraca uwagę, że jako podwykonawca usługi uprzednio świadczonej dla Zamawiającego Infomex dostarczał łącznie jedynie 22 serwery, zaś obecny przedmiot zamówienia obejmu 80 serwerów. Trudno zatem mówić o jakiś znaczących kosztach, których nie musi ponieść wykonawca Infomex realizując niniejsze Zamówienie.

Odwołujący wskazał, że cena oferty za realizację konkretnego zamówienia ma uwzględniać wszelkie koszty związane z jego realizacją oraz zakładany zysk lub marże i jak potwierdza wskazane powyżej orzecznictwo KIO nie może być finansowana z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Wszystkie koszty realizacji zamówienia mają zatem zostać uwzględnione w wynagrodzeniu wypłacanym wykonawcy, co wynika także wprost z §14 ust. 4 wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SWZ). Fakt, że wykonawca osiągnął przychód z innych projektów nie oznacza, że nadmiarowymi kwotami z innych zamówień może rekompensować sobie koszty realizacji tego Zamówienia. Tego rodzaju koncepcja stoi wprost w sprzeczności z przepisami ustawy PZP i oznaczałaby, że wykonawcy, którzy realizują inne zamówienia z wysokim zyskiem, mogą jednocześnie realizować inne zamówienia „po kosztach", bowiem w całościowym rozrachunku i tak wykonawca osiągnie zysk łącznie z realizacji kilku zamówień w danym roku obrotowym. Takie wyjaśnienia wykonawcy Infomex należy zatem uznać za potwierdzające, że cena lub koszty oferty została błędnie skalkulowane w zakresie niniejszego Zamówienia, a tym samym cena jest rażąco niska, bowiem koszt realizacji zamówienia jest pokrywany z przychodów z innych projektów. Wykonawca Infomex wyjaśnił, że pozycja nr 1 kalkulacji cenowej dotyczy czasochłonności w zakresie uruchomienia i konfiguracji, a pozycja nr 2 Kalkulacji cenowej dotyczy czasochłonności miesięcznej usług administracji, wsparcia i monitoringu, usługi opieki technicznej i serwisowej. Wyliczenia czasochłonności łącznie dla pozycji nr 2 oraz pozycji nr 1 Kalkulacji cenowej zostały sporządzone na podstawie kosztów pracy, tj. przeciętnego wynagrodzenia tylko dwóch rodzajów pracowników mających realizować przedmiot zamówienia - administrator IT i inżynier systemowy. Wątpliwości budzi zatem prawidłowość kalkulacji ceny co do czasochłonności (kosztów pracy) w zakresie całego przedmiotu zamówienia, skoro wykonawca Infomex na str. 2 pkt 2 wyjaśnień wskazuje, że będzie posiadał specjalnie utworzone zespoły do świadczenia wyłącznie usług opieki technicznej i serwisowej, ale nie wskazał czy, ilu i w jakim zakresie konkretny rodzaj pracowników zostanie skierowany do realizacji czynności w ramach poszczególnych pozycji z podziałem na pozycję 1 i pozycję 2 kalkulacji ceny ofertowej, i czy będą to wyłącznie pracownicy na stanowiskach administrator IT i inżynier systemowy, także w zakresie świadczenia wskazanych w pozycji 1 usług administracji. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby wszystkie osoby wykonujące czynności związane ze świadczeniem opieki technicznej i serwisowej uruchomionego środowiska, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

W ocenie Odwołującego za błędną należy uznać także kalkulację ceny oferty, która opiera się na założeniu, że czynnikiem obniżenia ceny za realizację zamówienia w związku z faktem, że wykonawca Infomex zamierza wykorzystany do realizacji niniejszego Zamówienia wykorzystać po zakończeniu umowy z Zamawiającym do realizacji na rzecz innych podmiotów przez okres co najmniej kolejnych 2 lata. Odwołujący wskazał, że wykonawca Infomex zaoferował w niniejszym Postępowaniu wykorzystanie sprzętu wyprodukowanego na początku 2018 r., czyli sprzętu już ponad 3-letniego. Po zakończeniu realizacji umowy z Zamawiającym sprzęt będzie miał zatem już ponad 5 lat. Wykonawca Infomex, który w wyjaśnieniach wielokrotnie podkreśla, że jest profesjonalistą, ma wiedzę i długoletnie doświadczenie w wykonywaniu usług objętych niniejszym Zamówieniem powinien zatem doskonale zdawać sobie sprawę z tego, że możliwość wykorzystania starszego sprzętu, tj. około 5 letniego w przyszłości przez kolejne co najmniej 2 lata jest praktycznie niemożliwe lub przynajmniej bardzo mało prawdopodobne, aby uznać to za czynnik mający wpływ na kalkulację ceny oferty

w tym Zamówieniu. W ocenie Odwołującego przy tak szybkim rozwoju technologicznym oraz poziomie wymagań stawianych wykonawcom przy realizacji podobny usług tj. zachowaniu odpowiedniego poziomu SLA, braku awaryjności, jakości dostarczanego rozwiązania nie jest możliwe oferowanie realizacji usług na rynku przy zastosowaniu sprzętu, który będzie sprzętem 5-7 letnim. W szczególności dotyczy to wymagań stawianych przez zamawiających publicznych, którzy wprost wymagają, że sprzęt nie może być starszy niż 2 lata lub maksymalnie 4 lata jak ma to miejsce także w niniejszym Postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści wezwania wymagał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty, z której wynika zysk wykonawcy Infomex z realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca Infomex w treści tabeli nr 1 (dowód nr 2) wskazał co prawda, kwotę zysku netto za okres 24 miesięcy, jednak w kolejnym wersie tabeli w sposób zupełnie nieuzasadniony uzupełnił kwotę zakładanego „czystego" zysku o kwotę niewykorzystanego zabezpieczenia dla dodatkowych nieprzewidzianych kosztów. Odwołujący nie mając możliwości zapoznania się z kwotami wskazanymi w tabeli przypuszcza, że „czysty" zysk netto za okres 24 miesięcy był na tyle niski, że aby uwiarygodnić prawidłowość kalkulacji i brak realizacji zamówienia na poziomie kosztów lub poniżej kosztów wykonawca Infomex przedstawił zysk jaki osiągnie, ale przy założeniu, że żadne dodatkowe nieprzewidziane koszty nie zostaną przez niego poniesione w trakcie realizacji zamówienia. W pierwszej kolejności należy wskazać, że taki sposób przedstawiania zysku jest nieuprawniony, bowiem należy wyraźnie odróżnić zysk/marżę za realizację zamówienia od kosztów jego realizacji i w żaden sposób kwoty te nie powinny być sumowane jako potencjalny, zakładany zysk na etapie wyjaśniania kalkulacji ceny oferty. Dodatkowo wykonawca Infomex w wyjaśnieniach w żaden sposób nie przedstawił rodzaju konkretnych kosztów jakie uwzględnił w pozycji nr 11 „zabezpieczenia dla dodatkowych nieprzewidzianych kosztów", a jedynie bardzo lakonicznie zaznaczył, że wysokość tych kosztów „wynika z polityki Wykonawcy realizacji kontraktów długoterminowych" . W zakresie tego typu kosztów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wykonawca Infomex także był zobowiązany przedstawić szczegółowo rodzaje kosztów nieprzewidzianych jakie uwzględnił w tej pozycji oraz sposób ich kalkulacji. Zamawiający nie był zatem w stanie bez żadnych wątpliwości uznać na podstawie takich wyjaśnień, że wykonawca Infomex jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia w sposób należyty a dodatkowo osiągnąć zysk na odpowiednim poziomie, skoro wysokość zysku wykonawca Infomex wprost uzależnia od nieponiesienia żadnych kosztów nieprzewidzianych w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, co jest niemożliwe przy realizacji zamówień tego typu. Osiągnięcie jakiegokolwiek zysku budzi uzasadnione wątpliwości.

Z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, że w zakresie kosztów nieprzewidzianych (dodatkowych) wykonawcy powinni przede wszystkim uwzględnić: (a) koszty zapłaty kar umownych określone w §19 wzoru umowy z uwzględnieniem dodatkowo §14 ust. 7 wzoru umowy uprawniającego do obniżenia wykonawcy obniżenia wysokości wynagrodzenia; (b) koszty związane z większą awaryjnością używanego, wiekowego sprzętu; (c) koszty przewidywanych podwyżek energii elektrycznej; (d) zwiększone koszty obsługi serwisowej z uwagi niemożliwość objęcia supportem producenta całości trwania kontraktu; (e) koszty wzrostu płac w sektorze ICT.

Odwołujący wskazał, że tzw. koszty nieprzewidziane zostały skalkulowane na zbyt niskim poziomie niegwarantującym wykonawcy Infomex osiągnięcia wskazywanego zysku/marży z realizacji zamówienia lub wręcz niepozwalającym na osiągnięcie jakiegokolwiek zysku.

W ocenie Odwołującego, że to na wykonawcy Infomex spoczywał ciężar udowodnienia, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Mając jednak powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego wykonawca Infomex nie sprostał ciężarowi dowodu, tj. nie udowodnił, że oferowana przez niego cena wykonania przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska i jest on w stanie należycie zrealizować przedmiot zamówienia za tę cenę jednocześnie osiągając zysk. Tym samym oferta wykonawcy Infomex powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 PZP.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Infomex wskazują na to, że oferta Infomex ostała złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza W Wyroku z dnia 28 czerwca 2017 r. (Sygn. akt: KIO 1123/17) Ustalenie cen na

poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po

to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku. Niewątpliwie, zaniżanie kosztów wykonania zamówienia na potrzeby uzyskania niższej ceny całkowitej brutto i wyższej punktacji w kryterium cena prowadzi do naruszenia interesów ATM składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że wykonawca Infomex dla wykonywania usługi przyjął dużo więcej powierzchni dyskowej niż wymagają tego założenia projektu wynikające z SWZ. Powyższe może sugerować, że niezgodnie z wymogiem z pkt. 3.5 OPZ lit. a) w treści Przestrzeń dyskowa powinna być fizycznie dedykowana dla Zamawiającego, pojęcie współdzielenia dotyczy serwerów - one powinny współdzielić przestrzeń dyskową między sobą przestrzeń dyskowa dla macierzy w ofercie Infomex jest współdzielona pomiędzy różne projekty.

W ocenie Odwołującego takie działanie Infomex narusza dobre obyczaje kupieckie. Jak wskazała w jednym z Wyroków Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Zarzut#2 - odrzucenie oferty wykonawcy Infomex - niespełnienie warunków udziału w Postępowaniu/wezwanie do wyjaśnień lub złożenia dokumentów podmiotowych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił w pkt. 7.1.4. SWZ wymóg w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w treści za spełniających warunek Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonali należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, co najmniej 2 usługi utrzymania zasobów serwerowych, składających się z co najmniej 40 serwerów do celów obliczeniowych w zakresie przetwarzania danych ustrukturyzowanych i nieustrukturyzowanych, każda usługa.

Wykonawca Infomex, co wynika z treści udostępnionego Odwołującemu Wykazu Usług na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału przedstawił realizacje 3 zamówień:

a) zamówienie realizowane dla Zamawiającego (Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy) od kwietnia 2019 r. do 04.2021 r.;

b) zamówienie realizowane dla SFD S.A. ul. Głogowska 41, 45-315 Opole od 02.20214 r. do nadal;

c) zamówienie realizowane dla Ośrodka Rozwoju Edukacji, al. Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa

W ocenie Odwołującego żadne z przedstawionych zamówień nie potwierdza wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przez Infomex w kontekście postawionego przez Zamawiającego wymogu.

Jeżeli chodzi o zamówienie realizowane dla Zamawiającego to Odwołujący wskazał, że Infomex, zapewne z uwagi na dopuszczenie się zmowy cenowej i orzeczony sądownie zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie składał oferty w postępowaniu, którego dotyczyło zamówienie wskazane w Wykazie Usług. Infomex był zaś podmiotem udostępniającym zasób wykonawcy IT4P SPÓŁKA AKCYJNA, ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa, który to podmiot realizował zamówienie. Zatem Infomex błędnie w Wykazie Usług wskazał jako odbiorcę Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy, podczas gdy odbiorcą usługi w zakresie wskazanym w zobowiązaniu do udostepnienia zasobów winna być spóła IT4P SPÓŁKA AKCYJNA i w pierwszej kolejności od tej spółki Infomex winien otrzymać poświadczenie/referencje potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Z dużą pewnością można stwierdzić, że taki dokument nie znajduje się w dokumentacji Postępowania, nie został on również udostępniony Odwołującemu. Kluczowym pod kątem spełnienia wymogu jest również zakres udostępnienia zasobu. Treść zobowiązania do udostępnienia zasobów jasno wskazuje, że dotyczy ono Udostępnienia 20 sztuk serwerów

obliczeniowych typ I oraz 2 sztuk serwerów obliczeniowych typ II, przestrzeni dyskowej współdzielonej 40 TB (pozostały wymagany sprzęt dostarcza wykonawca - IT4P SPÓŁKA AKCYJNA, który odpowiada jednocześnie za uruchomienie i konfigurację wszystkich wymaganych komponentów sprzętowych wymienionych w Załączniku nr 1 do SIWZ- OPZ) Dowód: Zobowiązanie do udostępnienia zasobów Infomex w Postępowaniu nr: usługa obliczeniowa-26-2019 - Załącznik Nr 5 do Odwołania.

W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje, że przedmiot udostępnionego przez Infomex zasobu dotyczył jedynie 22 sztuk serwerów, nie zaś 40 serwerów opisanych w wymaganiu w niniejszym Postępowaniu. Pozostały sprzęt, co wyraźnie wynika z dokumentu miał być dostarczany przez IT4P SPÓŁKA AKCYJNA. Zatem przedstawione zamówienie po pierwsze było realizowane dla innego podmiotu niż Zamawiający (odbiorca błędnie wskazany w Wykazie Usług), po drugie z uwagi na brak spełnienia wymogu w zakresie ilości serwerów zamówienie nie powinno być brane pod uwagę przez Zamawiającego w kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Zamówienia realizowane dla SFD S.A. oraz Ośrodka Edukacji Rozwoju

W ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, który składa się między innymi z dostawy 80 fizycznych serwerów, wymóg legitymowania się usługą utrzymania zasobów serwerowych, składających się z co najmniej 40 serwerów do celów obliczeniowych dot. bezsprzecznie serwerów fizycznych - czyli dostarczanego Zamawiającemu ramach realizacji umowy sprzętu. Potwierdza to choćby sam Infomex wskazując w Wykazie Usług, że zamówienie realizowane rzekomo dla Zamawiającego dot. świadczenia usług obliczeniowych opartych na 40 serwerach klasy HPC.

Zdaniem Odwołującego, treść samych referencji załączonych do Wykazu Usług wskazuje na to, że referencje wystawione przez SFD na potrzeby postępowania jako potwierdzenie spełnienia poprzez Infomex wymogu zawartego 7.1.4 SWZ nie są właściwe dla tego Postępowania. Z opisu usługi oraz ogólnie dostępnych informacji wynika, że Infomex świadczy na rzecz SFD usługę typu IaaS (Infrastructure as Service) na potrzeby hostingowe serwisów takich jak (sklep, fora, serwery SMTP, itp), a wskazane w referencjach 78 serwerów to jedynie maszyny wirtualne wchodzące w skład dostarczanego przez Infomex środowiska IaaS (opartego na mniejszej liczbie serwerów fizycznych) na potrzeby hostingowe klienta. Przedmiotem zamówienia jest usługa HPC z przetwarzaniem danych ustrukturyzowanych i nieustrukturyzowanych i nie znajduje ona odzwierciedlenia w referencjach przedstawionych przez Infomex ani w charakterze świadczonej usługi. Przy czym Odwołujący wskazuje, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dostępnym pod aliasem internetowym:
rozwój
platformy do zamówienie wskazane w Wykazie Usług przez Infomex, jako realizowane dla Ośrodka Rozwoju Edukacji dotyczyło udostępnienia środowiska serwerowego składającego się z 24 serwerów wirtualnych. W przedmiotowym Postępowaniu zaś wymóg w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dot. 40 serwerów. Nadto, wykonawca Infomex realizował to zamówienie w Konsorcjum z wykonawcą Mobile MS M. S., Al. Tadeusza Kościuszki 80/82, 90-437 Łódź. Zatem nie jest wiadomym, czy zakres prac świadczonych przez Infomex w ramach Konsorcjum dotyczył w pełni przedmiotu zamówienia wskazanego w Wykazie Usług.

Zdaniem Odwołującego powyższe wskazuje, że Zamawiający nie dochował należytej staranności w zakresie badania zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy Infomex. Zamawiający zatem winien w trybie art. 128 ust.1 lub 4 PZP wezwać co najmniej do wyjaśnienia lub uzupełnienia przedstawionych dokumentów wykonawcę Infomex, czy przedstawione zamówienia faktycznie dotyczyły realizacji usługi obliczeniowej w oparciu o 40 serwerów fizycznych, oraz czy usługa dotyczyła przetwarzania danych ustrukturyzowanych i nieustrukturyzowanych. W ocenie Odwołującego przedstawione zamówienia dot. nieskomplikowanych usług, nieodpowiadających przedmiotowi zamówienia, a tym samym postawionemu wymogowi dot. zdolności technicznej i zawodowej. Co więcej, w opinii Odwołującego zasadnym wydaje się również zwrócenie się bezpośrednio do SFD S.A. oraz do Ośrodka Rozwoju Edukacji, czy przedstawione zamówienia faktycznie dotyczyły realizacji usługi obliczeniowej w oparciu o 40 serwerów fizycznych, oraz czy usługa dotyczyła

przetwarzania danych ustrukturyzowanych i nieustrukturyzowanych.

Zarzut#3 - zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Galaxy, Enigma, BIT

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt 2 „Minimalne wymagania techniczne" lit. a) i lit. b) Opis przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby serwery obliczeniowe typ I oraz serwery obliczeniowe typ II były wyposażone w „SSD dyski o sumarycznej pojemności 480GB netto w raidzie 1" (Pkt 3.1. Komponent serwerowy typu I oraz Pkt 3.2. Komponent serwerowy typu II „Przestrzeń dyskowa o sumarycznej, min. pojemności 480GB netto, RAID 1, technologia SSD"). Dodatkowo dnia 16 kwietnia 2021 r. Zamawiający opublikował wiążącą dla wszystkich wykonawców treść odpowiedzi na pytania wykonawców do SWZ, gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 3 „Zamawiający podaje, że wymaga przestrzeni dyskowej o sumarycznej, min. pojemności 480 GB netto, RAID 1. Czy 480 GB jest to wielkość po zabezpieczeniu przestrzeni mechanizmem RAID1?" Zamawiający wyraźnie wskazał, że „Zamawiający wyjaśnia, że jest to przestrzeń dostępna dla systemu operacyjnego po założeniu mechanizmu RAID1". Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający wprost wymagał zaoferowania dysków SSD o pojemności wystarczającej by po założeniu mechanizmu raid 1 dla systemu operacyjnego dostępna przestrzeń netto wyniosła minimum 480 GB.

Odwołujący zaznaczył, że wielkość przestrzeni dyskowej dostępnej dla przechowywania danych może być wyrażona przy użyciu dwu różnych systemów: systemu dziesiętnego lub systemu dwójkowego. Producenci dysków posługują się systemem dziesiętnym, z kolei systemy operacyjne wykazują pojemność dysku przy wykorzystaniu systemu dwójkowego. W przypadku systemu dwójkowego 1 GB odpowiada 1 073 741 824 bajtów, a w przypadku systemu dziesiętnego 1GB odpowiada 1 000 000 000 bajtów. Zgodnie zatem z minimalnymi wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego i udzielonymi odpowiedziami na pytania wykonawców do SWZ, serwery powinny zapewnić minimum 480 GB przestrzeni dostępnej (użytkowej) dla systemu operacyjnego już po uwzględnieniu mechanizmu RAID1. Zastosowanie dwóch dysków o deklarowanej przez producenta pojemności 480 GB, spowoduje że system operacyjny będzie miał do dyspozycji 480 * 1 000 000 000 bajtów, a nie jak wymaga Zamawiający 480 * 1 073 741 824 bajtów. Przykładowo jeśli dysk twardy w komputerze ma wskazaną przez producenta pojemność 256 GB to pojemność rzeczywista (użytkowa) wynosi (i zostanie wyświetlona jako) 238 GB, według wzoru (256 x 1000 x 1000 x 1000)/(1024 x 1024 x 1024). Powyższy sposób obliczenia przestrzeni wskazał w swoich wyjaśnieniach z dnia 23 lipca 2021 r. choćby wykonawca BIT S.A. w wyjaśnieniach. Wskazana wielkość - 480GB to wartość obliczona/wskazana przez producenta, gdzie podstawą jest liczba 10 (system dziesiętny) czyli: 480GB ma pojemność dokładnie 480 000 000 000 bajtów (480 bajtów x 1000 x 1000 x 1000).

Odwołujący wskazał, że utworzenie RAID 1 następuje natomiast w systemie dwójkowym - gdzie 1 kilobajt to 1024 bajtów, 1 megabajt to 1048576 a 1GB to 1073731824 bajty. Biorąc pod uwagę dysk zadeklarowany przez producenta w systemie dziesiętnym ma 480GB a w systemie dwójkowym widzianym przez kontroler RAID w serwerze ma 480 000 000 000 / 1024/ 1024 /1024 = 447,0348358154297. Informujemy zatem, iż przestrzeń dostępna po założeniu mechanizmu RAID1 - wynosi zgodnie z wielkością przyjętą przez producenta Dell w systemie dziesiętnym - 480GB natomiast w systemie dwójkowym około 447GB. Dowód: Wyjaśnienia BIT. S.A z dnia 23 lipca 2021 r. (w aktach Postępowania) .

Odwołujący zwrócił dodatkowo uwagę, podobnie jak BIT S.A. ww. piśmie, czy wykonawca Sysclay w swoich wyjaśnieniach, że samo założenie mechanizmu Raid 1 powoduje dodatkowe obniżenie pojemności dyskowej. Z treści ofert złożonych przez wykonawców Enigma, Galaxy, BIT, Polcom, Sysclay wynika jednoznacznie, że wykonawcy zaoferowali dwa dyski twarde o pojemności 480 GB (Serwer obliczeniowy typ I i Serwer obliczeniowy typ 2 - pkt, 6,7,8 Załącznik nr 3 do SWZ). Co oznacza, że zaoferowane dyski nie zagwarantują Zamawiającemu wymaganej pojemności 480 GB netto (faktycznej przestrzeni użytkowej) po założeniu mechanizmu RAID1. W jaki sposób Zamawiający rozumie obliczanie przestrzeni dyskowej przekonał się sam Odwołujący, którego oferta została odrzucona . Dowód: Informacja o odrzuceniu oferty ATM z Postępowania nr: usługa obliczeniowa-26-2019 - Załącznik Nr 6 do Odwołania.

W ocenie Odwołującego, powyższe wskazuje zatem, że jak wskazał w ww. Informacji Zamawiający każdy profesjonalista na rynku miał pełną świadomość jak należy dobrać dyski i jak należy obliczyć ich pojemność netto. Zdaniem Odwołującego, brak zakwestionowania powyższego wymagania przez wykonawców w przewidzianym ustawowo terminie i złożenie oferty oznacza akceptację wszystkich wymagań i warunków sformułowanych w SWZ przez Zamawiającego. Na obecnym etapie oferty wykonawców nie podlegają już uzupełnieniu. Odwołujący domyśla się, że owa niezgodność wynika po prostu z chęci uzyskania znacznie

niżej ceny oferty przez wykonawców: Enigma, Galaxy, BIT.

W związku z powyższym oferty wykonawców: Enigma, Galaxy, BIT, a także Polcom i Sysclay (sklasyfikowanych w rankingu ofert niżej niż oferta ATM) powinny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, jako niezgodna z warunkami Zamówienia z powodu zaoferowania dysków SSD o mniejszej pojemności, niż wynika to z jednoznacznie z wskazanych w SWZ wymagań Zamawiającego.

Zarzut #4 - naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

W ocenie Odwołującego, w konsekwencji naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP i art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 PZP Zamawiający naruszył także zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Błędna ocena ofert wykonawców Infomex, Galaxy, Enigma, BIT, Polcom i Sysclay które powinny podlegać odrzuceniu spowodowała, że Odwołujący, który złożył ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego i jest zdolny do należytego wykonania Zamówienia utracił możliwość jego uzyskania. W Postępowaniu wymagania dotyczące funkcjonalności i sposobu realizacji przedmiotu Zamówienia zostały wprost wyartykułowane przez Zamawiającego w treści SWZ, wyjaśnieniach SWZ, w związku z tym brak spełnienia wymagań wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu powinien skutkować odrzuceniem ofert wykonawcy Galaxy, Enigma, BIT, Polcom, i Sysclay. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie należy zatem niewątpliwie uznać za naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1) oraz art. 17 ust. 2 PZP.

Zarzut #5 - nieudostępnienie jawnej dokumentacji Postępowania

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w niniejszym Postepowaniu w naruszył także zasadę jawności Postępowania nie udostępniając Odwołującemu niezastrzeżonej skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa części wyjaśnień z dnia 28 czerwca 2021 r. złożonych przez wykonawcę Infomex, a tym samym utrudniając Odwołującemu w terminie na złożenia odwołania skuteczną weryfikację czynności i zaniechań Zamawiającego zaistniałych w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego wnioskowane dnia 3 sierpnia 2021 r. do udostępnienia dokumenty, w tym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Infomex nie zostały skutecznie zastrzeżone i objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w części, która nie została udostępniona Odwołującemu, tj. w zakresie fragmentów, które dotyczą sposobu realizacji zamówienia (w tym rozwiązania w zakresie monitoringu infrastruktury) opisanych na stronie 9 wyjaśnień z dnia 28 czerwca 2021 r. Co więcej, samo wskazanie, że cały dany dokument lub informacja są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla uznania, że spełniają wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia z dnia 28 czerwca 2021 r. złożone wraz z dowodami nie zostały w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak wynika wprost z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartym w wyjaśnieniach z dnia 28 czerwca 2021 r. z uzasadnienia wynika, że tylko część informacji została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca Infomex w uzasadnieniu nie wskazywał, że zastrzega informacje dotyczące konfiguracji, elementów dostarczonego rozwiązania lub sposobu realizacji zamówienia, a uzasadnił jedynie zastrzeżenie informacji przedstawiających kalkulację ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z tym informacje nie zawierające kalkulacji ceny oferty nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (w szczególności znajdujące się na str. 9 wyjaśnień), a tym samym powinny zostać odtajnione i udostępnione Odwołującemu w odpowiedzi na wniosek złożony dnia 3 sierpnia 2021 r. Dokument ten we wskazanej powyżej części stanowi jawną część dokumentacji Postępowania, tj. zawiera informacje jawne, które powinny być dostępne w szczególności dla wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu i złożyli wniosek o ich udostępnienie.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że informacje dotyczące sposobu realizacji zamówienia, w

tym monitoringu infrastruktury, zawarte w tych dokumentach w sposób oczywisty nie spełniają przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK"), które warunkują możliwość zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Infomex. Przepis ten stanowi, że „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności". Tylko informacje spełniające wszystkie wskazane powyżej przesłanki mogą zostać uznane za informacje, skutecznie zastrzeżone, które nie podlegają ujawnieniu. W przypadku braku spełnienia którejkolwiek z wyżej wskazanych przesłanek Zamawiający ma obowiązek udostępnić bezzasadnie zastrzeżone informacje i dokumenty w związku z obowiązkiem przestrzegania zasady jawności postępowania uregulowanej w art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, która jest naczelną zasadą prawa zamówień publicznych. Wykonawca Infomex nie tylko nie zastrzegł skutecznie informacji w zakresie sposobu realizacji zamówienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a nawet w przypadku uznania, że informacje te zastrzegł to Zamawiający powinien je odtajnić z uwagi na brak spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w

powyższym przepisie.

W ocenie Odwołującego, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k .

Odwołujący wskazał, że do dnia złożenia niniejszego odwołania nie otrzymał pełnej jawnej dokumentacji wskazanej we wniosku z dnia 3 sierpnia 2021 r. Zamawiający zatem swoim działaniem naruszył naczelną zasadę jawności Postępowania, tj. art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług obliczeniowych opartych na wysokowydajnych serwerach wraz z usługą zapewniającą ciągłość pracy infrastruktury sprzętowo-systemowej oraz opieki technicznej i serwisowej".

Izba ustaliła, że w pkt 7.1.4 SWZ Zamawiający postawił warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonali należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, co najmniej 2 usługi utrzymania zasobów serwerowych, składających się z co najmniej 40 serwerów do celów

obliczeniowych w zakresie przetwarzania danych ustrukturyzowanych i

nieustrukturyzowanych, każda usługa.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 8.4.8 SWZ Zamawiający wskazał, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej wezwie wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej to złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu usług. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 7 do SWZ.

Ponadto, Izba ustaliła, że w pkt 2 „Minimalne wymagania techniczne" lit. a) i lit. b) Opis przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby serwery obliczeniowe typ I oraz serwery obliczeniowe typ II były wyposażone w „SSD dyski o sumarycznej pojemności 480GB netto w raidzie 1" (Pkt 3.1. Komponent serwerowy typu I oraz Pkt 3.2. Komponent serwerowy typu II „Przestrzeń dyskowa o sumarycznej, min. pojemności 480GB netto, RAID 1, technologia SSD"). Dodatkowo Izba ustaliła, że dnia 16 kwietnia 2021

r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców do SWZ, gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 3 o treści: „Zamawiający podaje, że wymaga przestrzeni dyskowej o sumarycznej, min. pojemności 480 GB netto, RAID 1. Czy 480 GB jest to wielkość po zabezpieczeniu przestrzeni mechanizmem RAID1?" Zamawiający wskazał, że „Zamawiający wyjaśnia, że jest to przestrzeń dostępna dla systemu operacyjnego po założeniu mechanizmu RAID1".

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres Wykonawcy	Cena oferty brutto
1	CloudFerro Sp. z o.o. ul. Nowogrodzka 31 00-511 Warszawa	6 021 854,88 zł
2	BIT S.A. Al. Jana Pawła II 23 00-854 Warszawa	4 427 970,48 zł
3	Galaxy Systemy Informatyczne Sp. z o.o. ul. Fabryczna 13/1 65-410 Zielona Góra	3 849 408,00 zł
4	ATM S.A. ul. Grochowska 21a 04-186 Warszawa	4 883 050,80 zł
5	POLCOM S.A. ul. Krakowska 43 32-050 Skawina	5 042 016,00 zł
6	Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 116 02-230 Warszawa	4 214 747,52 zł
7	Sysclay Sp. z o.o. ul. Czereśniowa 130 02-456 Warszawa	5 083 456,56 zł
	Infomex Sp. z o.o. ul. Wesoła 19b 34-300 Żywiec	
8		2 447 208,00 zł

Izba ustaliła, że z treści ofert złożonych przez wykonawców Enigma, Galaxy, BIT, Polcom, Sysclay wynika, że wykonawcy zaoferowali dwa dyski twarde o pojemności 480 GB (Serwer obliczeniowy typ I i Serwer obliczeniowy typ 2 - pkt 6,7,8 Załącznik nr 3 do SWZ).

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2021 r. wezwał wykonawców Enigma, Galaxy, BIT, Polcom oraz Sysclay do złożenia wyjaśnień w trybie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że wzywa do wyjaśnienia w zakresie obu typów serwerów — jakim maksymalnym rozmiarem dyskowej przestrzeni użytkowej będą dysponowały zaoferowane przez wykonawcę serwery po założeniu mechanizmu RAID 1? Zamawiający poprosił o przedłożenie wyliczenia sumarycznej pojemności netto, zgodnie ze złożoną ofertą.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 lipca 2021 r. wykonawca Bit złożył wyjaśnienia. Wykonawca wskazał, że utworzenie RAID 1 następuje w systemie dwójkowym, zaś wskazana w ofercie pojemność dysków jest określona w systemie dziesiętnym. Wykonawca wskazał, że zadeklarowana wielkość 480 GB jest rozmiarem podanym w kartach katalogowych,

konfiguratorach sprzętu przez producenta Dell i widoczna na etykiecie dysku SSD wraz numerem seryjnym oraz part number'em danego dysku. Wykonawca wskazał, że utworzenie RAID 1 następuje w systemie dwójkowym - gdzie 1 kilobajt to 1024 bajtów, 1 megabajt to 1048576 a 1GB to 1073731824 bajty. Biorąc pod uwagę dysk zadeklarowany przez producenta w systemie dziesiętnym ma 480G, a w systemie dwójkowym widzianym przez kontroler RAID w serwerze ma 480 000 000 000 / 1024/ 1024 /1024 = 447,0348358154297. Zatem, w ocenie wykonawcy, przestrzeń dostępna po założeniu mechanizmu RAID1 - wynosi zgodnie z wielkością przyjętą przez producenta Dell w systemie dziesiętnym - 480GB natomiast w systemie dwójkowym około 447GB. Izba ustaliła, że wyjaśnienia o podobnej treści zostały złożone w dniu 23 lipca 2021 r. wykonawca Galaxy. Izba ustaliła, że wykonawca Polcom w piśmie z dnia 23 lipca 2021 r. wskazał, że założył, zgodnie ze złożoną ofertą, dwa dyski (każdy o pojemności 480GB) połączone razem w RAID1, wyliczając łączną pojemność dostępną dla systemu operacyjnego o wielkości 480GB - przy założeniu, iż drugi dysk zawiera to samo co pierwszy. Ten sposób liczenia zastosowano dla każdego serwera z osobna (80szt - typ I oraz 2 szt - typ II) - co daje przestrzeń po założeniu mechanizmu RAID 1 - 480 GB na pojedynczy serwer.

W piśmie z dnia 23 lipca 2021 r. wykonawca Enigma w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał, że każdy z serwerów zawartych w ofercie wyposażony jest w dwa dyski 480GB każdy oraz kontroler RAID. Dyski złożone w grupę RAID1 dają wynikowo 480GB użytkowej przestrzeni dyskowej dostępnej dla systemów operacyjnych serwerów. Z kolei wykonawca Sysclay w piśmie z dnia 23 lipca 2021 r. wskazał, że rozwiązanie RAID 1 powodują spadek przestrzeni netto dostępnej z poziomu systemu operacyjnego wynikowego dysku RAID, w zależności od zastosowanego rozwiązania ten spadek pojemności jest różny. W związku z tym, że zamawiający nie określił w zamówieniu typu zastosowanego rozwiązania, jego wydajności i parametrów samych dysków, jedynie ogólny mechanizm i rozmiar wynikowy, przyjęto, że zostanie zastosowane rozwiązanie soft-raid poziomu 1, które cechuje się współczynnikiem pojemności netto nie gorszym niż 0,9996875 pojemności netto dysków składowych. Producent dysku udostępnia możliwość zmiany pojemności dysku w zakresie przewyższającym różnicę pojemności wynikającą z zastosowania powyższego mechanizmu, przez co proponowane rozwiązanie spełni wymagania stawiane w przetargu.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 26 lipca 2021 r. ponownie wezwał wykonawców:

BIT, Enigma, Polcom, Galaxy oraz Sysclay o przedstawienie dowodu technicznego w postaci

np. zrzutów ekranów (Print Screen), w celu empirycznego potwierdzenia przedłożonych wyjaśnień, tj. zasymulowanie na oferowanej infrastrukturze lub alternatywnej, odpowiadającej parametrami pojemnościowymi i wydajnościowymi złożonej ofercie, że po utworzeniu mechanizmu RAID1 w systemie operacyjnym kompatybilnym z dystrybucją Centos 7 jest widoczne urządzenie o sumarycznej użytkowej pojemności przestrzeni dyskowej (dostępnej dla systemu operacyjnego) min. 480 GB netto, w zakresie obu typów serwerów.

Wykonawca Bit złożył wyjaśnienia pismem z dnia 2 sierpnia 2021 r. Wykonawca wskazał, że nie jest w stanie przedstawić wymaganych dowodów technicznych w postaci np. zrzutów ekranów (Print Screen) ponieważ nie posiada analogicznego sprzętu na wyposażeniu, a jego pozyskanie wymagałoby od wykonawcy poniesienia wysokich i nieuzasadnionych ekonomicznie nakładów finansowych oraz nakładów pracy na konfigurację i instalację. Wykonawca podkreślił, iż Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie wymagał posiadania testowej infrastruktury.

Wykonawca Enigma złożył wyjaśnienia w dniu 2 sierpnia 2021 r. Wykonawca wskazał, że w dokumentach do przedmiotowego postępowania (SWZ, OPZ) nie było informacji o obowiązku przeprowadzania testów, ani innych dowodów empirycznych potwierdzających parametry sprzętu. W związku z na tym etapie postępowania wykonawca nie ma możliwości przeprowadzenia dowodów, o których wspomina Zamawiający.

Wykonawca Galaxy złożył wyjaśnienia w dniu 2 sierpnia 2021 r. Wykonawca wskazał, że nie jest w posiadaniu infrastruktury pozwalającej na przedstawienie dowodów, o których pisze Zamawiający w swym wezwaniu. Wykonawca wskazał, że Zamawiający nigdzie w SWZ nie wymagał, aby wykonawca posiadł taką lub alternatywną infrastrukturę na etapie składania ofert w celu weryfikacji oferty. W konsekwencji, w ocenie wykonawcy żądanie Zamawiającego jest nadmiarowe i niezgodne z wymaganiami zawartymi w dokumentacji postępowania.

Wykonawca Polcom złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 29 lipca 2021 r. Wykonawca wskazał, że w wezwaniu z dnia 26 lipca 2021 r. Zamawiający niezasadnie wskazuje, że oczekiwana wielkość przestrzeni dyskowej 480 GB miałby być widoczna w zainstalowanym na serwerze systemie operacyjnym (cyt. "w systemie operacyjnym kompatybilnym z dystrybucją Centos 7 jest widoczne urządzenie o sumarycznej użytkowej pojemności"). Wykonawca wskazał, że taki wymóg jest niezgodny z odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 16 kwietnia 2021 r, w którym Zamawiający wskazuje, iż przestrzeń ma być dostępna dla systemu operacyjnego po założeniu mechanizmu RAID1, a więc z poziomu kontrolera RAID. W związku z powyższym nie jest uzasadnionym wymóg empirycznego dowodzenia, iż w systemie operacyjnym po założeniu mechanizmu RAID1 jest widoczne urządzenie o sumarycznej użytkowej pojemności przestrzeni dyskowej (dostępnej dla systemu operacyjnego) min. 480 GB netto, bo to wymóg niezgody z SWZ i stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego w wyjaśnieniach, gdzie było wskazanie na przestrzeń 480 GB dostępną „dla systemu operacyjnego”.

Wykonawca Sysclay złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 29 lipca 2021 r. Wykonawca wskazał, że nie ma możliwości przedstawienia dowodów w postaci zrzutów ekranów. Zaoferowany sprzęt był nowy, przewidziany do produkcji w roku bieżącym. Zaproponowane rozwiązanie opiera się na narzędziach i informacjach udostępnianych przez producenta, oraz dotychczasowym doświadczeniu w realizacji tego typów projektów.

Ponadto Izba ustalił, że pismem z dnia 18 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Infomex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących wysokości zaoferowanej ceny za realizację zamówienia w celu ustalenia czy nie stanowi ona ceny rażąco

niskiej.

Izba ustaliła, że wykonawca Informex złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 28 czerwca 2021 r. Wykonawca zastrzegł treść wyjaśnień wskazując w uzasadnieniu zastrzeżenia, że wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2021 r. poinformował wykonawcę Infomex o częściowym odtajnieniu złożonych wyjaśnień z dnia 28 czerwca 2021 r. Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone wyjaśnienia wykonawcy Infomex od strony 1

do 9 oraz dowody 3, 5, 6, 7 i 8.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 5 lipca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego Infomex do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z pkt 8.4.8 SWZ, w tym m.in. wykazu usług zgodnie z Załącznikiem nr 7.

Izba ustaliła, że wykonawca Infomex złożył w odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykaz usług - Załącznik nr 7 na potwierdzenie spełnienia warunku udziału określonego w pkt 7.1.4 SWZ, w którym wskazał na doświadczenie zdobyte w realizacji trzech zamówień:

1) zamówienie realizowane dla Zamawiającego (Ośrodek Przetwarzania Informacji - Państwowy Instytut Badawczy) od kwietnia 2019 r. do 04.2021 r.;

2) zamówienie realizowane dla SFD S.A. ul. Głogowska 41, 45-315 Opole od 02.20214 r. do nadal;

3) zamówienie realizowane dla Ośrodka Rozwoju Edukacji, al. Ujazdowskie 28, 00-478

Warszawa

Wykonawca złożył wraz z wykazem referencje wystawioną przez spółkę SFD z dnia 2 sierpnia

2021 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający poinformował w dniu 3 sierpnia 2021 r. o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Infomex.

Izba zważyła co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8

w zw. z art. 226 ust.1 pkt 7, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz w zakresie zarzutu naruszenia art.

128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w części dotyczącej usługi nr 2 wskazanej przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. w Załączniku nr 7 do SWZ. Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron złożył oświadczenie o cofnięciu ww. zarzutów.

W pozostałej części odwołanie podlegało częściowemu uwzględnieniu. Zdaniem Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 17 ust.

2 ustawy Pzp oraz art. 18 ust. 1 - 3 w zw. z art. 74 ust. 1 - 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. Niezasadny zaś okazał się zarzut naruszeni art. 128 ust. 1, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp i w tym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Przechodząc do omówienia poszczególnych zarzutów Izba wskazuje co następuje:

Zarzut naruszeni art. 128 ust. 1, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut okazał się niezasadny. Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 112 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej.

Jednocześnie w art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał, że w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Z kolei w art. 121 pkt 1 zostało wskazane, że zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zgodnie z §9 Rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej „Rozporządzenie"), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych

referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że zgodnie z warunkiem udziału w Postępowaniu określonym w pkt 7.1.4 SWZ, Zamawiający wymagał w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej 2 usługi utrzymania zasobów serwerowych, składających się z co najmniej 40 serwerów do celów obliczeniowych w zakresie przetwarzania danych ustrukturyzowanych i nieustrukturyzowanych, każda usługa. Jednocześnie Zamawiający w pkt 8.4.8 SWZ wskazał, że w celu wykazania spełnienia ww. warunku wykonawca na wezwanie Zamawiającego złoży Wykaz usług.

Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 112 ustawy Pzp. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku udziału w postępowaniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i

uczciwej konkurencji.

W analizowanym stanie faktycznym, mając na uwadze postanowienie zawarte w pkt 7.1.4 SWZ oraz w pkt 8.4.8 SWZ, przyjąć należy, że wymóg złożenia przez wykonawców wykazu usług oraz dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej odpowiadały przepisom zawartym ustawie Pzp oraz w Rozporządzeniu. Tym samym wykaz usług - Załącznik nr 7 złożony przez Przystępującego Infomex w odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 lipca 2021 r. stanowił prawidłowy sposób potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanego przez Zamawiającego w pkt 7.1.4 SWZ. W treści złożonego wykazu Przystępujący Infomex zawarł informacje dotyczące wartości usługi, podmiotu na rzecz którego były one wykonane, przedmiotu usługi.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż referencja przygotowana przez SFD S.A. jest nieprawidłowa, gdyż usługi wykonane przez Przystępującego Infomex nie dotyczyły serwerów obliczeniowych HPC. Przystępujący Infomex, zdaniem Odwołującego, wykonał na rzecz SFD usługę typu IaaS (Infrastructure as Service) na potrzeby hostingowe serwisów takich jak (sklep, fora, serwery SMTP, itp), a wskazane w referencjach 78 serwerów to jedynie maszyny wirtualne wchodzące w skład dostarczanego przez Infomex środowiska IaaS (opartego na mniejszej liczbie serwerów fizycznych) na potrzeby hostingowe klienta, co nie odpowiada, w

ocenie wykonawcy, wymaganiom wskazanym w pkt 7.1.4 SWZ. Izba wskazuje, po pierwsze, iż nadinterpretacją spornego warunku udziału w postępowaniu jest twierdzenie Odwołującego, iż usługi obliczeniowe powinny dotyczyć wyłącznie serwerów obliczeniowych HPC. Takich zapisów brak jest w SWZ i na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu za nieuprawione uznać należy stawienie takiego wymogu względem wykonawców. Po drugie, Izba wskazuje, że z treści wykazu jak i referencji w sposób jednoznaczny wynika, że Przystępujący Infomex wykonywał i nadal wykonuje usługę utrzymania zasobów serwerowych,

składających się z 78 serwerów. Zdaniem Odwołującego, skoro w treści referencji brak jest wyraźnego wskazania, iż są to serwery dla celów obliczeniowych to, uznać należy, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podziela takiego stanowiska. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że serwery na których były wykonywane usługi przez Przystępującego Infomex nie są serwerami wykorzystywanymi do celów obliczeniowych. Izba stoi na stanowisku, że funkcją serwerów jest wykonywanie obliczeń, zaś brak określenia w SWZ szczególnych wymagań Zamawiającego w tym zakresie, czyni argumentację Odwołującego bezzasadną. Treść referencji wystawionej przez spółkę SFD potwierdza prawidłowe wykonanie usługi dostarczenia i utrzymania infrastruktury serwerowej na którą składają się 78 serwery. To czy były to serwery HPC jest irrelewantne z punktu widzenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Takich wymagań Zamawiający bowiem nie zawarł w SWZ. Również irrelewantne dla sprawy Izba uznaje twierdzenia Odwołującego dotyczące profilu działalności spółki SFD. W SWZ Zamawiający nie zawarł żadnych ograniczeń czy też wymagań co do profilu działalności jaki powinien posiadać podmiot na rzecz którego była świadczona usługa wskazana w wykazie. Również okoliczność, iż w treści referencji spółka SFD zawarła krótki opis współpracy z Przystępującym Infomex nie może dyskredytować zdobytego przez wykonawcę doświadczenia. Nie ma bowiem jednego przyjętego wzoru referencji. Z treści zaś złożonego przez Przystępującego Infomex dokumentu wynika jakie usługi i na rzecz jakiego podmiotu były świadczone. Odwołujący nie wykazał, aby nie spełniały one wymagań wskazanych w pkt 7.1.4 SWZ. Zdaniem Izby nie ma również podstaw do nieuznania usługi wykonanej na rzecz SFD z uwagi na to, że usługi te były świadczone na serwerach wirtualnych. W SWZ Zamawiający takich ograniczeń nie wprowadził.

Tym samym, w ocenie Izby, usługa wykonana na rzecz SFD spełnia wymagania wskazane w pkt 7.1.4 SWZ. Takie wymagania spełnia również usługa wskazana w pkt 1 Wykazu usług wykonana na rzecz Zamawiającego. Zarzut w tym zakresie został wycofany przez Odwołującego, co uznać należy za potwierdzenie słuszności stanowiska Zamawiającego. Tym samym, wykonawca Infomex wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 7.1.4 poprzez usługę wskazaną w pkt 1 i 2 Wykazu usług. Brak jest podstaw do nakazywania Zamawiającemu wzywania wykonawcy Infomex to uzupełnienia wykazu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia ww. przepisu przez Zamawiającego, Izba uznała za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących usługi wykonanej na rzecz Ośrodka Rozwoju Edukacji, Izba wskazuje, że Odwołujący zasadnie wykazał, że istnieją obiektywne wątpliwości czy usługa ta spełnia wymagania wskazane w pkt 7.1.4 SWZ. Zdaniem Izby przedstawione przez Odwołującego informacje uzyskane od Ośrodka Rozwoju Edukacji w dniu 9 września wskazują, iż wykonana usługa dotyczyła 24, nie zaś 40, urządzeń wirtualnych. Liczba ta nie odpowiada wymaganiom wskazanym w SWZ. Tym samym, istnieją wątpliwości czy usługa ta spełnia wymagania Zamawiającego. Izba wskazuje jednakże, że z uwagi na fakt, iż usługi wykonane przez Przystępującego Infomex wskazane w pkt 1 i 2 Wykazu usług są wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.1.4 SWZ, powyższe uchybienie Zamawiającego w ocenie zakresu doświadczenia w ramach usługi z pkt 3 nie ma wypływu na wynik postępowania.

Zdaniem Izby Odwołujący dokonał błędnej interpretacji spornego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Należy wskazać, że Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu nie wykluczył usług wykonywanych na serwerach wirtualnych jak również nie doprecyzował w żaden sposób znaczenia zwrotu „w celach obliczeniowych”. Zdaniem Izby każdy serwer wykonuje usługi obliczeniowe. W SWZ Zamawiający nie zawarł żadnego postanowienia, z którego wynikałoby, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej uznać należy za spełniony wyłącznie w sytuacji, w której wykonawca wykaże, iż posiada doświadczenie w realizacji usługi o charakterze tożsamy z przedmiotem zamówienia w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Przyjęcie takiego stanowiska Odwołującego za prawidłowe, prowadziłoby do nieuprawnionego zrównania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, co nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, a tym bardziej w postanowieniach zawartych w SWZ.

Tym samym zdaniem Izby, brak jest podstawa do stwierdzenia, że w analizowanym stanie faktycznym istniały przesłanki do zastosowania procedury określonej w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w konsekwencji odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Galaxy, Enigma, BIT, Sysclay i Polcom

W ocenie Izby zarzut uznać należy za zasadny. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zmawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie

jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ.

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, iż oferty wykonawców Galaxy, Enigma, BIT, Sysclay i Polcom są niezgodnie z wymaganiem wskazanym w pkt 2 „Minimalne wymagania techniczne" lit. a) i lit. b) Opis przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SWZ. Należy wskazać, że zgodnie z ww. punktem, Zamawiający wymagał, aby serwery obliczeniowe typ I oraz serwery obliczeniowe typ II były wyposażone w „SSD dyski o sumarycznej pojemności 480GB netto w raidzie 1" (Pkt 3.1. Komponent serwerowy typu I oraz pkt 3.2. Komponent serwerowy typu II „Przestrzeń dyskowa o sumarycznej, min. pojemności 480GB netto, RAID 1, technologia SSD"). Dodatkowo dnia 16 kwietnia 2021 r. Zamawiający opublikował wiążącą dla wszystkich wykonawców treść odpowiedzi na pytania wykonawców do SWZ, gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 3 o treści: „Zamawiający podaje, że wymaga przestrzeni dyskowej o sumarycznej, min. pojemności 480 GB netto, RAID 1. Czy 480 GB jest to wielkość po zabezpieczeniu przestrzeni mechanizmem RAID1?" Zamawiający oświadczył, że „Zamawiający wyjaśnia, że jest to przestrzeń dostępna dla systemu operacyjnego po założeniu mechanizmu RAID 1". Tym samy, Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający wprost wymagał zaoferowania dysków SSD o takiej pojemności, by po założeniu mechanizmu RAID 1 dla systemu operacyjnego dostępna przestrzeń netto wyniosła minimum 480 GB.

Zdaniem Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę BIT, Galaxy, Enigma, Polcom oraz Sysclay stanowią w zasadniczej części opis sposobu obliczenia przestrzeni dyskowej przy

użyciu dwóch różnych systemów tj. systemu dziesiątkowego lub systemu dwójkowego, natomiast nie dają podstaw do przyjęcia, iż nawet przy zastosowaniu systemu dziesiątkowego dla oferowanej przez wykonawców przestrzeni dyskowej po założeniu mechanizmu RAID 1 będzie dostępna dla systemu operacyjnego wymagana przez Zamawiającego przestrzeń netto 480 GB. Zdaniem Izby konieczne było zaoferowanie przez wykonawców dysków o pojemności większej niż 480 GB, tak aby zapewnić pojemność 480 GB netto po zamontowaniu mechanizmu RAID 1. Okoliczność tą potwierdza bezpośrednio wykonawca Sysclay wskazując w złożonych wyjaśnieniach, że zastosowanie mechanizmu RAID 1 powoduje zmniejszenie pojemności netto dysków, dodając, że producent dysku udostępnia możliwość zmiany pojemności dysku w zakresie przewyższającym różnicę pojemności wynikającą z zastosowania powyższego mechanizmu. Tym samym, zdaniem Izby, dyski jakie zostały zaoferowane przez ww. wykonawców nie uwzględniały konieczności instalacji mechanizmu RAID 1 i związanym z tym zużyciem pojemności, a tym samym nie spełniały wymagań określonych w SWZ.

Izba podkreśla, że z treści złożonych przez wykonawców wyjaśnień nie wynika w jaki sposób zaoferowana przez tych wykonawców przestrzeń dyskowa będzie spełniać wymagania Zamawiającego w zakresie dostępności netto 480 GB skoro jest to pojemność deklarowana przez producenta bez systemu RAID 1, zaś samo założenie mechanizmu RAID 1 powoduje dodatkowe obniżenie pojemności dyskowej. Z treści ofert złożonych przez wykonawców Enigma, Galaxy, BIT, Polcom, Sysclay wynika jednoznacznie, że wykonawcy zaoferowali dwa

dyski twarde o pojemności 480 GB (Serwer obliczeniowy typ I i Serwer obliczeniowy typ 2 - pkt, 6,7,8 Załącznik nr 3 do SWZ). To oznacza, zdaniem Izby, że zaoferowane dyski nie zagwarantują Zamawiającemu wymaganej pojemności 480 GB netto (faktycznej przestrzeni użytkowej) po założeniu mechanizmu RAID 1.

W związku z powyższym oferty wykonawców: Enigma, Galaxy, BIT, a także Polcom i Sysclay podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodne z warunkami zamówienia, z powodu zaoferowania dysków SSD o mniejszej pojemności, niż wynika to z jednoznacznie wskazanych w SWZ wymagań Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust.

2 UZNK

Zdaniem Izby zarzut uznać należy za zasadny. Odwołanie w tym zakresie podlegało uwzględnieniu. Należy wskazać na wstępie, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawność postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstw.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawieUZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o

oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Co istotne w kontekście omawianego zarzutu, tą obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający dokonał błędnej oceny stanowiska Przystępującego Infomex w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy z dnia 28 czerwca 2021 r., nieodtajnionych przez Zamawiającego. Izba w tym zakresie wskazuje, że uzasadnienie złożone przez wykonawcę Infomex ma charakter ogólny, nie odnosi się do poszczególnych informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy, w stosunku do których wykonawca nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej. Ponadto zdaniem Izby, wykonawca Infomex nie wykazał, iż zostały spełnione pozostałe przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że wykonawca Infomex odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wskazał lakonicznie, że informacje o uzyskanych przez wykonawcę marżach, ponoszonych kosztach i zakładanych zyskach, przyjętych stawek za roboczogodzinę mają wartość gospodarczą, a niejednokrotnie stanowią informację o charakterze technicznym, technologicznym czy organizacyjnym. Następnie wykonawca przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Izby wykonawca w żaden sposób nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, co więcej wykonawca nie odnosi się do poszczególnych informacji/dowodów zawartych w wyjaśnieniach. Wykonawca Infomex nie wykazał w jaki sposób zastrzeżone informacje mogą posłużyć podmiotowi konkurencyjnemu w osłabienia pozycji wykonawcy na rynku. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób informacja co do kosztów sprzętu czy ilości robocizny szacowanej przez Przystępującego do wykonania konkretnego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu mogłaby być wykorzystana przez innego wykonawcę. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Przystępującego, zastrzeżone informacje nie identyfikuje żadnych metod działania wykonawcy, które mogłyoby być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. Dane zastrzeżone przez wykonawcę są szacunkami wykonawcy, dotyczącymi konkretnych pozycji, w tym konkretnym postępowaniu, przy uwzględnieniu konkretnych wymagań Zamawiającego. Izba podkreśla, że elementem postępowania przetargowego i zasady jawności jest właśnie prawo innych wykonawców do

weryfikacji szacunków przyjętych przez Przystępującego. Narzędzie to stanowi jeden z elementów gwarantujących wybór oferty, w której koszty realizacji zamówienia zostały prawidłowo skalkulowane, co przekłada się na późniejszym etapie na prawidłową realizację zamówienia.

Izba wskazuje, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę nie zawierają żadnej strategii realizacji zamówienia, dotyczą one realizacji konkretnego zamówienia i nie jest również jasne dla Izby w jaki to sposób inni wykonawcy mieliby zweryfikować swoje założenia sprzętowe czy robocizny, skoro dotyczą one konkretnego postępowania. W ocenie Izby poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Izby nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca zastrzegł swoją kalkulację cenową, która przedstawia nic innego, jak tylko właśnie kalkulację zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem elementów wynikających z SWZ, znanych wszystkim wykonawcom.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, iż sporządzona przez niego kalkulacja posiada jakąkolwiek obiektywną wartość gospodarczą. Nie sposób uznać bowiem, że na skutek ujawnienia liczby przewidzianego do realizacji zamówienia sprzętu, czy wysokości kosztów robocizny, mogłoby dojść do utraty pozycji rynkowej wykonawcy. Należy podkreślić, że każdy z uczestników postępowania przyjmuje różnego rodzaju założenia oraz sporządza kalkulacje

w zależności od posiadanych zasobów czy kręgu dostawców. Jest więc mało prawdopodobne by jakikolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowania jest w zależności od dostępnych dla każdego wykonawców zasobów i warunków realizacji konkretnego zamówienia.

Zdaniem Izby wykonawca Infomex nie wykazał w jaki sposób odtajnienie zanonimizowanego aneks do umowy o pracy narazi wykonawcę na utratę pozycji rynkowej lub może stanowić jakiekolwiek zagrożenie dla jego interesów. Aneks ten jest standardowym dokumentem, funkcjonującym na rynku pracy i trudno przypisać mi jakąś obiektywną wartość gospodarczą. Ponadto, Izba wskazuje w zakresie złożonej umowy leasingu, że w jej treści brak jest jakichkolwiek postanowień zobowiązujących strony do zachowania jej treści w poufności. Wykonawca Infomex nie wykazał, iż przedmiot leasingu nie jest ujawniony jako środek trwały w sprawozdaniach finansowych spółki. Jak wynika z treści złożonych wyjaśnień dokonuje on odpisów amortyzacyjnych, to pozwala na przyjęcie złożenia, że przedmiotu leasingu jest wskazany w sprawozdaniach finansowych spółki, dostępnych w KRS.

Odnosząc się zaś do załączonych do wyjaśnień faktur, to wykonawca Infomex nie wykazał jaką mają one obiektywną wartość gospodarczą i w jaki sposób ujawienie takich dokumentów mogłoby spowodować jakąś bliżej określoną szkodę dla wykonawcy. Faktury te przedstawiają jednostkowo ceny nabycia określonego sprzętu i mają charakter historyczny (dotyczą 2019 r.) Trudno zatem wyobrazić sobie w jaki sposób inni wykonawcy mieliby w 2021 r. skorzystać z danych zawartych w takich dokumentach. Wykonawca nawet potencjalnie nie wskazał na takie sytuacje w treści swojego uzasadnienia. To, że określona informacja ma charakter finansowy, techniczny, jest związana z prowadzonym przez wykonawcę przedsiębiorstwem nie kwalifikuje jej automatycznie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie tego pojęcia, wszystko co związane z przedsiębiorstwem mogłoby być uznane subiektywnie przez wykonawcę za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dalej Izba wskazuje, że złożona przez wykonawcę Infomex korespondencja dotyczące kosztów związanych ze wsparciem z Veracomp nie została w żaden sposób oznacza jako tajemnica przedsiębiorstwa. Proponowana stawka przez spółkę Veracomp nie została w żaden sposób zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z treści dokumentu nie wynika również, iż proponowana stawka jest indywidulaną stawką wynegocjowaną przez wykonawcę. Z treści uzasadnienia złożonego przez wykonawcę Infomex nie wynika również obiektywna wartość gospodarcza złożonych faktur za zużycie prądu. W jaki sposób inni wykonawcy mieliby skorzystać z takich informacji, ze szkodą dla wykonawcy Infomex, nie zostało wskazane w treści uzasadnienia. Podobnie inne pojedyncze faktury złożone przez wykonawcę. Zdaniem Izby trudno przypisać takim dokumentom obiektywną wartość gospodarczą. Wykonawca nie złożył umów na podstawie których świadczone są usługi i na podstawie których można by było ewentualnie ustalić, że określone koszty ponoszone przez wykonawcę wynikają z indywidulanych uwarunkowań wykonawcy, wynegocjowanych z dostawcami, zaś strony wspólnie w takich umowach zobowiązują się do nieujawniania takich informacji w postępowaniach przetargowych z uwagi na ich indywidualnie wynegocjowany przez wykonawcę upust czy szczególne warunki realizacji. Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnych dokumentów. Subiektywne przeświadczenie wykonawcy, że określone informacje mają dla niego wartość gospodarczą nie uzasadnia zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak Izba wskazała powyżej, wykonawca jest zobowiązany wykazać jakie konkretne informacje zastrzeżone przez niego w wyjaśnieniach mogą spowodować negatywne konsekwencję w działalności spółki, narazić wykonawcę na jakieś bliżej określone straty finansowe czy utratę pozycji rynkowej. Jest wiedzą powszechną, że wykonawcy ponoszą określone koszty związane z prowadzoną działalnością, w tym koszty leasingu sprzętu, koszty energii, opłaty za dzierżawę łącz i inne. Koszty te stanowią stały element działalności gospodarczej. Izba podkreśla, że sam wykonawca w treści sowich wyjaśnień wielokrotnie podkreśla, że przyjęte koszty mają charakter standardowy, zaś przyjęte stawki odzwierciedlają stawki rynkowe. Zdaniem Izby, w kontekście jawnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i przysługującego innym wykonawcom prawa do weryfikacji cen za realizację zamówienia zaproponowanych przez innych wykonawców, nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niemal każdego dokumentu składnego przez wykonawców z wyjaśnieniami tylko w oparciu o czynność kwalifikowaną wykonawcy. Koniecznym jest wykazanie przez wykonawcę jakie konkretne informacje zastrzeżone mogą być wykorzystanie poza ramami konkretnego postępowania, a w jaki sposób mogą narazić wykonawcę na straty finansowe, utratę pozycji rynkowej. Takich okoliczność wykonawca Infomex nie zawarł w treści uzasadnienia. Nie wskazał na choćby hipotetyczne sytuacje, możliwości wykorzystania danych zwartych w fakturach. Izba podkreśla, że utożsamianie obiektywnej wartości gospodarczej z możliwością utraty zamówienia z powodu zakwestionowania przez innych wykonawców rzetelności kalkulacji cenowej zamówienia nie stanowi obiektywnej wartości gospodarczej podlegającej ochronie. Gdyby tak szeroko rozumieć zakres ochrony wynikający

z art. 11 UZNK, to narzędzie to służyłoby wykonawcom do uniemożliwienia innym podmiotom weryfikacji ich rzetelności, co, zdaniem Izby, byłoby nieuprawnione, szczególne w świetle zasad wynikających z art. 18 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że celem art. 11 ust. 2 UZNK nie jest ukrywanie przed innymi przedsiębiorcami informacji niezbędnych do weryfikacji poprawności kalkulacji ceny za realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp ma w tym zakresie nadrzędny charakter.

Odnosząc się do przesłanki braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, Izba wskazuje, że ogólność twierdzeń Przystępującego nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca wykazał spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 UZNK. Izba wskazuje, że w złożonych uzasadnieniach Przystępujący wielokrotnie powtarza, że zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej przekazane od wiadomości publicznej, wskazuje na wdrożone w swoim przedsiębiorstwie rozwiązania, do informacji ma dostęp ograniczona liczba pracowników. Jednakże poza gołosłownymi twierdzeniami wykonawcy brak w tym zakresie oświadczeń co do konkretnych rozwiązań, a tym bardziej dowodów potwierdzających wdrożenie owych rozwiązań systemowych czy ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji do określonej grupy osób. Wykonawca nie przestawiał listy osób, którym zastrzeżone informacje zostały udostępnione, nie przedstawił dla tych właśnie osób odpowiednich zobowiązań do zachowania informacji w poufności. Złożenie blankietowej umowy o zachowanie poufności nie jest, zdaniem Izby, dowodem wystarczającym. Nie ma żadnego dowodu na potwierdzenie, że umowę taką zawarły osoby, którym zostały udostępnione zastrzeżone informacje. Izba podkreśla, że nieuprawnione jest stanowisko wykonawcy, że informacje zawarte w wyjaśnieniach podlegają ochronie tylko dlatego, że zostały zebrane w jednym dokumencie, który nie był ujawniony publicznie. Sam fakt zamieszczenia określonych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi. Takie stanowisko prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Uzasadnione byłoby zastrzeżenie każdej informacji, niezależenie czy jawnej czy poufnej tylko przez sam fakt zamieszczenia jej w wyjaśnieniach. To zdaniem Izby jest niedopuszczalne.

Nawet jeśli przyjąć za prawdziwe stanowisko Przystępującego, że żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, to okoliczność ta sama w sobie nie uzasadnia uznania całego dokumentu wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to możliwość zastrzegania przez wykonawców wszelkich informacji w drodze czynności kwalifikowanej poprzez zamieszczenie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa" w treści wyjaśnień. Oczywiście ochronie może podlegać szczególne zestawienie informacji, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie dla osób, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania, obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. Takich jednak okoliczności Przystępujący nie wykazał, wskazując ogólnie przepisy UZNK. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługująca na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba podkreślą, że ustawodawca w art. 11 ust 2 UZNK wymaga należytej staranności ze strony wykonawcy w procesie utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie chodzi więc o jakichkolwiek działania, ale o takie działania które można zakwalifikować jako adekwatne do realiów funkcjonowania danego wykonawcy. Działanie, które minimalizują ryzyko dostępu do informacji przez osoby nieupoważnione. Należy wskazać, że każdy profesjonalny podmiot stosuje obecnie różne techniki zabezpieczania danych, w tym zawierając z pracownikami umowy o zakazanie wyjawiania informacji, co nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że wszelkie informacje dotyczące firmy pozostają jedynie w dyspozycji wąskiego kręgu osób bezpośrednio z danym zagadnieniem związanych. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący powołuje się na ograniczony krąg osób mających dostęp do informacji, jednak w tym zakresie poza gołosłownymi stwierdzeniami brak jest wskazania konkretnych rozwiązań, a tym bardziej dowodów. Zdaniem Izby Przystępujący nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia. Jak Izba wskazała powyżej, Przystępujący zaniechał chociażby zidentyfikowania grupy osób mających dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie wykazał jakie środki bezpieczeństwa zostały podjęte w stosunku do tej grupy osób, w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym

możliwość weryfikacji rzetelności wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Tym samy, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w zw. z art. 74 ust. 1 - 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK i nakazała odtajnienie w całości wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Infomex w dniu 28 czerwca 2021. Izba uznała, że wykonawca nie wykazał, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz złożone dowody spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w zakresie dwóch zarzutów i niezasadne w zakresie jednego zarzutu. Kosztami postępowania po zatem Zamawiającego i Odwołującego w proporcji 2/3 oraz 1/3, odpowiednio. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7.400 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.200 zł (18.600 - 7.400), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: .....