Sygn. akt KIO 2598/17

WYROK
z dnia 15 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Członkowie: Daniel Konicz
Piotr Kozłowski

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2017 r. i 10 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik], [2] COMTEC A. J. w Konstancinie-Jeziornej, [3] CPU Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa**

przy udziale
A) wykonawcy **Comparex Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 2598/17** po stronie **zamawiającego**
B) wykonawcy **Techcroud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt **KIO 2598/17** po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:
1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3) odrzucenie oferty **wykonawcy Techcroud sp. z o.o.;**
4) odrzucenie oferty **wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o.**

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

---

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa**
i:
3.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik], [2] COMTEC A. J. w Konstancinie-Jeziornej, [3] CPU Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
3.2) zasądza od zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik], [2] COMTEC A. J. w Konstancinie-Jeziornej, [3] CPU Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2598/17

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usług serwisu pogwarancyjnego elementów i podzespołów środowiska Mainframe. Część A – Serwis pogwarancyjny serwerów Mainframe« (dalej „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19.04.2017 r. pod nrem 2017/S 147150-2017-PL.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 28.11.2017 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Techcroud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

a) Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
b) A. J. prowadzący działalność pod firmą COMTEC w Konstancinie-Jeziorna,
c) CPU Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

– zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli 8.12.2017 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy i jednocześnie naruszenie przepisów wskazanych w uzasadnieniu a w szczególności następujących przepisów ustawy:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 3, pkt 4, pkt 5 Pzp;
2) art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp;
3) art. 90 ust 3 Pzp;
4) art. 8 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) ujawnienia dokumentów niezasadnie utajnionych ze względu na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa;
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
   wykluczenia z postępowania wykonawcy Techcroud sp. z o.o. i odrzucenia jego 4) oferty;
   wykluczenia z postępowania wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o. i odrzucenia 5) jego oferty;
   wyboru oferty 6) odwołującego.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentów tj. z:

1) protokołu postępowania wraz z załącznikami;
2) protokołu postępowanie przed KIO z 10.08.2017 r. sygn. akt KIO 1531/17 wraz z załącznikami;
3) protokołu rozprawy przed KIO sygn. akt 2115/16 i 2116/16;
4) protokołu postępowania o zamówienie publiczne prowadzone przez zamawiającego z analogicznym przedmiotem zamówienia oznaczone przez

zamawiającego znakiem: TZ/271/39 /16;
5) dokumentów przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki w celu potwierdzenia, że treść oświadczeń zawartych w ofercie wykonawcy Techcroud nie potwierdza określonego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu tj. minimum dwuletniego doświadczenia w zakresie serwisowania serwerów Mainframe (potencjał kadrowy).

Argumentacja odwołującego
I. Podział zamówienia i wybór oferty najkorzystniejszej
Zamawiający, podzielił przedmiot zamówienia na trzy części. W ramach świadczenie usług serwisu pogwarancyjnego elementów i podzespołów środowiska Mainframe" wyodrębniono:
Część A – Serwis pogwarancyjny serwerów Mainframe (odwołanie dotyczy części „A");
Część B – Serwis pogwarancyjny macierzy dyskowych (odwołanie nie dotyczy części „B");
Część C – Serwis pogwarancyjny przełączników FICON (odwołanie nie dotyczy części „C").
W terminie wyznaczonym na złożenie ofert wpłynęły cztery oferty na części A. Oferty złożyli:

1) odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Centrum Udostępniania Dokumentów sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik], [2] COMTEC A. J. w Konstancinie-Jeziornej, [3] CPU Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
2) wykonawca Engave sp. z o.o. (oferta odrzucona);
3) wykonawca Techcroud sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej: „Techcroud";
4) wykonawca Comparex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej: „Comparex".
Zamawiający rozstrzygnął postępowanie w Części A przez uznanie, że ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca Techcroud, o czym poinformował uczestników postępowania pismem z 27.11.2017 r. (pismo nr 993200/27 I/IN-863/2017).
Dokonany wybór jest sprzeczny z ustawą Pzp, co czyni odwołanie zasadnym i koniecznym. Oferta wykonawcy Techcroud powinna być odrzucona, gdyż
1) zawiera rażąco niska cenę;
2) wykonawca Techcroud powinien być wykluczony z postępowania, a ponadto
3) zamawiający utrzymał dokonane przez wykonawcę Techcraud utajnienie oferty w części, która nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa (co jednak nie stanowi bezpośredniej przesłanki odrzucenia oferty).
Podobnie wadliwie zbadano i oceniono ofertę wykonawcy Comparex, gdyż zawiera rażąco niska cenę. A ponadto zamawiający utrzymał dokonane przez wykonawcę Comparex utajnienie oferty w części, która nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa.

II. Rażąco niska cena oferty wykonawcy Techcroud (dotyczy części „A")
Oferta wykonawcy Techcroud zawiera rażąco niską cenę, a zatem powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 Pzp.
Oferta nie zawiera wyceny magazynu części zamiennych dla procesorów. Nie są to elementy typowe, dostępne na rynku – koszt ten nie został wyceniony w ofercie choć niewątpliwie jest to co najmniej istotna część składowa – o czym mowa w art. 90 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp. Dla przykładu koszt pojedynczego zasilacza do komputera z196 (IBM 2817) to 10.000 Euro.
Zamawiający w październiku 2016 r. podał (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia), że wykonawca Techcraud wykona tożsame zamówienie (okres trwania umowy 6 miesięcy) za cenę netto:
– 74.330,00 zł dla procesorów z196 – łącznie 3 procesory opisane w SIWZ za kwotę 222.990,00 zł,
– 63.513,00 zł dla procesorów z114 – łącznie 2 procesory opisane w SIWZ za kwotę 127.026,00 zł,
– RAZEM: 350.016,00 zł miesięcznie.

Cena zaproponowana obecnie przez wykonawcę Techcroud:
– 20.000,00 zł dla procesorów z196 – łącznie 3 procesory opisane w SIWZ za kwotę 60.000,00 zł,
– 11.450,00 zł dla procesorów z114 – łącznie 2 procesory opisane w SIWZ za kwotę 22.900,00 zł
– RAZEM: 82.900,00 zł miesięcznie.

Nie ma jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że koszt wykonania usługi spadł o ~40%. Wszystkie uwarunkowania rynkowe w zakresie kosztów serwisu w ciągu ostatniego pół roku pozostają bez zmian – cena zaproponowana przez wykonawcę Techcraud jest ceną rażąco niską.

Bez znaczenia jest również czas trwania umowy. Zamawiający zastrzegł możliwość zakończenie realizacji usługi w dowolnym momencie, tak więc niedopuszczalne jest przyjmowanie dla kalkulacji okresu dłuższego niż jeden miesiąc. Ponadto, zamawiający zapowiedział, że okres realizacji tej usługi zakończy się prawdopodobnie w sierpniu 2018 r.

W listopadzie 2016 r. prawie dokładnie takie same ceny (20.000 zł za procesor z196 i 11.190 zł za procesor z114) zaoferowała firma Bazy i Systemy Bankowe sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza prawomocnym wyrokiem z 7.12.2016 r. uznała, że taka cena jest rażąco niska dla takiego przedmiotu zamówienia (przedmiot zamówienia jest taki sam, gdyż jedyną różnicą jest okres trwania serwisu – wtedy 6 miesięcy obecnie 12 miesięcy – co wobec uwagi z punktu poprzedniego jest bez znaczenia dla wyceny oferty).

Wykonawca Techcroud (podobnie jak wykonawca Comparex) był wzywany wielokrotnie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zasadą jest to, że wykonawca na pierwsze żądanie zamawiającego ma przedstawić wyjaśnienia i dowody potwierdzające, że cena nie jest rażąco niska. W okolicznościach badanej sprawy, oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Skoro zdaniem zamawiającego „pierwsze wyjaśnienia" nie były wystarczające (co jest oczywiste, skoro wykonawca Techcroud złożył ponowne wyjaśnienia) to zaszły przesłanki wskazane w art. 90 ust. 3 Pzp – ocena wyjaśnień potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

III. Tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy Techcroud

Zamawiający błędnie uznał zasadność utajnienia fragmentów oferty i wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Techcroud w toku postępowania, czym naruszył zasadę jawności postępowania. Zastrzeżone dokumenty powinny być ujawnione zgodnie z art. 8 Pzp.

O ile można uznać zasadność utajnienie osób, o tyle brak jest podstaw do utajnienia Zleceniodawcy i okresu świadczenia usługi. Zamawiający powinien – analogicznie jak to uczynił w częściach B i C zamówienia odtajnić te dokumenty w zakresie miejsca świadczenia

usługi i okresu świadczenia usługi, ewentualnie pozostawiając jedynie utajnione nazwiska wskazanych osób. Tym bardziej, że należy domniemywać, że miejsca te dotyczą podmiotów publicznych.

Dodatkowo należy stwierdzić, że utajnienie listy osób i ich doświadczenia zawodowego w zakresie wymaganym w SIWZ jest niezasadne, gdyż informacja o panu Łukaszu Wysockim jako osobie realizującej serwis z ramienia wykonawcy Techcroud jest informacją publiczną – udostępnioną przez ZUS. Brak zatem – w oczywisty sposób – ustawowych przesłanek zastrzeżenia.

Pan Ł. W. nie jest pracownikiem, udziałowcem czy członkiem władz wykonawcy Techcroud – więc jego doświadczenie zawodowe nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Techcroud.

Pełnomocnik wykonawcy Techcroud na rozprawie w Izbie 10.08.2017 r. (sygn. akt 1531/17) złożył oświadczenie o odtajnieniu części oferty dotyczącej Pana Ł. W.

Na rozprawie w Izbie 10.08.2017 r. pełnomocnik wykonawcy Techcroud złożył (bez zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) referencje z ARiMR. Nie jest dla nikogo tajemnicą, że wskazane doświadczenie osób oparte jest właśnie na tych referencjach. Skoro wykonawca Techroud jawnie posługuje się tymi referencjami, to nie może informacji o doświadczeniu opisanym w tych referencjach zastrzegać jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Skoro są to informacje powszechnie dostępne i nie są chronione przez zainteresowanego nie sposób przyjąć, że taka informacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 10.08.2017 r. uznała, że złożone przez wykonawcę Techcroud wyjaśnienia rażąco niskiej ceny: *„mają charakter ogólny i życzeniowy nie oparty na jakichkolwiek dowodach stanowiących podstawę do obalenia zarzutu rażąco niskiej ceny”.* Ocena ta (zawarta w prawomocnym wyroku) odnosi się także do części „A”. Zamawiający nie był uprawniony do prowadzenia dalszych wyjaśnień z wykonawcą Techcroud. W tym zakresie działania zamawiającego są sprzeczne z uprzednim wyrokiem KIO.

IV. Nieprawdziwe informacje w ofercie wykonawcy Techcroud

Wykonawca Techcroud podał nieprawdziwe dane i nie spełnia wymagań zamawiającego, a zatem zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp musi być wykluczony z postępowania i jego oferta – zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 i 89 ust 1 pkt 5 Pzp – musi być odrzucona. Ponadto w okolicznościach sprawy wykluczenie powinno nastąpić także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

W postępowaniu z 2016 r. wykonawca Techcroud złożył oświadczenie o braku podwykonawców co *de facto* oznacza, że zamówienie jest realizowane przez pracowników w

ramach umowy o pracę ewentualnie inny rodzaj umowy zakładający jednak pracę pod nadzorem wykonawcy Techcroud.

Obecnie wykonawca Techcroud złożył decyzję ZUS stwierdzającą, że firma nie jest zarejestrowana w ZUS. Przyjmując, że w 2016 r. wykonawca Techcroud nie złożył nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia to musiał mieć pracowników co wywołuje skutek w postaci obowiązku uiszczenia składek na ubezpieczenie zdrowotne od osób, które realizowały umowę z 2016 r., czyli co najmniej dla osób Ł. W., K. B., I. M.).

W toku postępowanie wykonawcy Techcroud nie potwierdził, że uiścił jakiekolwiek składki, co winno skutkować wykluczeniem z postępowania.

Co więcej po ogłoszeniu wyniku w części „B” wykonawca Techcroud złożył decyzję ZUS stwierdzającą, że nie jest zarejestrowany w ZUS. Tym samym przyznał, że nie opłacił składek ubezpieczenia zdrowotnego od ww. osób.

V. Niespełnianie warunków udziału w Postępowaniu przez wykonawcę Techcroud

Wykonawca Techcroud nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie serwisu procesorów Mainframe.

Wskazane przez wykonawcę Techcroud doświadczenie nie potwierdza wymaganego w SIWZ doświadczenia w zakresie procesorów Mainframe. Odbiorca usług, na które powołuje się wykonawca Techcroud (tj. ARiMR) nigdy nie dysponował komputerami o architekturze mainframe (serwis miał miejsce, ale dotyczył innych urządzeń niż wymaga tego zamawiający).

Obecnie zamawiający ogłosił postępowania (znak sprawy: TZ/271/36/17) gdzie serwery, na które w swoim doświadczeniu powołuje się wykonawca Techcroud nie są określane jako „Mainframe” a jako „serwery typu rack”. Tak więc nawet zamawiający w innych swoich postępowania nie uznaje tych kwalifikacji.

VI. Zaniechanie odrzucenia oferty Comparex (dotyczy części „A”)

Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących obsługę i przyjęcie zgłoszeń oraz kontakt z centrum zgłoszeniowym zamawiającego,

Wykonawca Comparex w swojej ofercie podał, że: cena serwisu procesora CPC2 to 49.800 zł miesięcznie, a cena serwisu procesora CPC1 to 80.300 zł miesięcznie. Zaoferowana cena serwisu procesora CPC2 jest ceną rażąco niską – takie zróżnicowanie cen nie znajduje żadnego uzasadnienia. Obniżenie ceny serwisu procesora CPC2 o 40% w stosunku do ceny serwisu procesora CPC1 jest złożeniem oferty poniżej kosztów świadczenia usługi.

Treść oferty wykonawcy Comparex jest niezgodna z treścią SIWZ, a zatem zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp powinna być odrzucona.

Wykonawca Comparex podał w JEDZ, że zamierza zlecić IBM 50% zamówienia. Zaprezentowana na rozprawie 10.08.2017 r. informacja (pismo IBM) zdaje się przeczyć takiemu podziałowi.

W listopadzie 2016 r. usługi podmiotu IBM zostały zaoferowane za pośrednictwem podmiotu Qumak – a zatem jest to taki sam mechanizm jaki obecnie zastosował wykonawca Comparex. Cena miesięcznego serwisu podmiotu IBM (według tej samej specyfikacji) wynosiła wtedy odpowiednio:

– Nr seryjny serwera 51-61007, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 6, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 402.959,46 zł.
– Nr seryjny serwera 51-66592, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 6, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 415.181,29 zł.
– Nr seryjny serwera 83-11B3E, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 6, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 204.966,06 zł.
– Nr seryjny serwera 83-593EE, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 6, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 34.243,62 zł.
– Nr seryjny serwera 83-593FE, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 6, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 43.331,74 zł.

RAZEM: 1.100.682,17 zł miesięcznie.

Wykonawca Comparex zaoferował obecnie następujące ceny:

– Nr seryjny serwera 51-61007, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 12, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 80.300,00 zł.
– Nr seryjny serwera 51-66592, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 12, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 49.800,00 zł.
– Nr seryjny serwera 83-11B3E, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 12, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 31.900,00 zł.
– Nr seryjny serwera 83-593EE, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 12, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 16.600,00 zł.
– Nr seryjny serwera 83-593FE, liczba miesięcy świadczenia usług serwisu – 12, cena za serwis urządzenia za okres jednego miesiąca 17.200,00 zł.

RAZEM: 195.800,00 zł miesięcznie.

Zgodnie z treścią ofert zakres podwykonawstwa podmiotu IBM w ofercie wykonawcy Comparex jest szerszy (większy) niż w ofercie podmiotu Qumak sprzed pół roku. Należy zatem przyjąć, że oferta wykonawcy Comparex powinna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Podobnie jak w odniesieniu do oferty wykonawcy Techcraud, zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp ze względu na to, że wielokrotnie wzywał wykonawcę Comparex do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Fakt, że „pierwsze wyjaśnienia" nie były wystarczające jest podstawą do odrzucenia oferty na podstawie w art. 90 ust. 3 Pzp, a nie przesłanką do ponownego wezwania do wyjaśnień. Zasadą jest to, że wykonawca na pierwsze żądanie zamawiającego ma przedstawić wyjaśnienia i dowody potwierdzające, że cena nie jest rażąco niska. W okolicznościach sprawy, oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

VII. Tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy Comparex

Zamawiający błędnie uznał zasadność utajnienia fragmentów oferty i wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcy Comparex w toku postępowania, czym naruszył zasadę jawności postępowania. Zastrzeżone dokumenty powinny być ujawnione zgodnie z art. 8 Pzp. Dane osobowe pracowników podmiotu IBM (serwisantów) są przez podmiot IBM publikowane w intrenecie. Brak jest zatem podstaw do zastrzegania tego typu informacji.

Na rozprawie 10.08.2017 r. pełnomocnik wykonawcy Comparex przedstawił pismo z podmiotu IBM z informacją na temat zakresu współpracy i ceny podmiotu IBM. W tej sytuacji zastrzeżenie informacji o uzasadnieniu braku rażąco niskiej ceny nie wydaje się mieć uzasadnionych podstaw.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i obciążenie zamawiającego kosztami

postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 08.12.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 11.12.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

13.12.2017 r. wykonawca TECHCROUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

13.12.2017 r. wykonawca COMPAREX Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 20.12.2017 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących RNC jest zasadne. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie są zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Izba także postanowiła dopuścić dowody złożone przez:
(A) odwołującego:

1) (dowód nr 1) wyrok KIO 2115 i 2116/16, z których odwołujący wywodzi, że w tamtym postępowaniu wykonawca BSB złożył ofertę na prawie taką samą cenę jak wykonawca Techcroud i Izba uznała, że przedmiotowa oferta zawierała RNC;
2) (dowód nr 2) formularz ofertowy wykonawcy BSB na wykazanie cen ofertowych w uprzednim i obecnie rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym;
3) (dowód nr 3) wyciąg z SIWZ – na wskazanie długości i możliwości skrócenia okresu spełniania zamówienia – pkt 3 na str. 31 z 74;
4) (dowód nr 4) oferta wykonawcy Techcroud w uprzednim postępowaniu z 7.10.2016 r., gdzie całość była wyceniona znacznie wyżej niż obecnie, a duże różnice w cenie nie są uzasadnione;
5) (dowód nr 5) oświadczenie zamawiającego ARiMR, że zamawiający ARiMR posiada komputery HP – Super Dome i dlatego przystępujący Techcroud nie mógł powoływać się na doświadczenie wykonywania zamówienia w ARiMR;

6) (dowód nr 6) opinia A. N. dot. architektury komputerów IBM i HP, z której odwołujący wywodzi, że przystępujący Techcroud nie mógł powoływać się na doświadczenie wykonywania zamówienia w ARiMR; bezprzedmiotowy ze względu na odpowiedź zamawiającego;

7) (dowód nr 7) wyciąg z SIWZ postepowania wszczętego przez zamawiającego na komputery HP potwierdzającego rozróżnianie przez zamawiającego tych dwóch rodzajów komputerów (IBM i HP);
(dowód nr 8) 8) stwierdzenie, że podmiot IBM nie objął kosztów części zamiennych co w branży jest powszechnie znane;
(dowód nr 9) korespondencja mailowa z 29.08.2017 r. 9) stwierdzenie, że podmiot IBM nie objął kosztów części zamiennych; zamawiający nie wie, na jaką okoliczność został złożony, można instalować zamienne części, używane tak, jak czyni to nawet IBM;

B) zamawiającego:

10) (dowód nr 10) dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa – dwa »Formularze wykonania zgłoszenia serwisowego« gdzie są pokazane czasy dwóch napraw mieszczące się w wymaganych przez zamawiającego 48 godzinach od zgłoszenia;

C) przystępującego TECHCROUD:

11 i 12) (dowód nr 11 i 12) dowody objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – schematy w zakresie wykazania, jak będą dostarczone części zamienne do ewentualnego usuwania usterek. Jest to wykazanie rozwiązania kwestii magazynowania części zamiennych – magazyn, a w zasadzie braku takiego magazynu.

D) przystępującego COMPAREX:

13 i 14) (dowód nr 13a i 14) dowody objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – pisma podmiotu IBM Polska z 2.01.2018 r. i z 8.01.2018 r. na okoliczność objęcia ofertą podmiotu IBM kosztów części zamiennych oraz prawidłowego rozliczenia kosztów serwisu procesorów;

15) (dowód nr 15) dowód objęty tajemnicą przedsiębiorstwa – na wykazanie, jakie elementy serwera psują się najczęściej.

W ocenie Izby, część zarzutu pierwszego i zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Comparex i Techcroud, mimo że wykonawcy ci nie udzielili na wezwanie właściwych wyjaśnień dotyczących RNC – zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia« a przepis art. 90 ust. 3 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Izba stwierdziła, że 12.06.2017 r. – na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp – zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanych cen do wykonawców Comparex i Techcroud. Przepis art. 90 ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia Pzp brzmi »Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie […]«. Następnie w piśmie z 13.06.2017 r. zamawiający ustalił ostateczny termin złożenia tych wyjaśnień na 21.06.2017 r. Respektując ten termin wykonawcy złożyli wyjaśnienia z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednak w obu przypadkach, mimo zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawcy nie udzielili szczegółowych, konkretnych wyjaśnień zadowalając się ogólnymi stwierdzeniami. Wyjaśnienia te nie pokazały, na czym polega specyfika ofert wykonawców, dająca przewagę konkurencyjną i możliwość zaoferowania niższej ceny niż inne podmioty występujące na rynku.

Same wyjaśnienia wykonawcy Techcourd i charakterystyka czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę zostały przedstawione na str. 3 i 4, podczas gdy uzasadnienie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa na str. 9 do 14. Oczywiście objętość poszczególnych części wyjaśnień nie jest najistotniejsza, ale ich zawartość merytoryczna, jednak pokazuje jaki stosunek do tych wyjaśnień miał sporządzający wyjaśnienia wykonawca Techcourd.

Najważniejsze, że – zdaniem Izby – wykonawca Techcourd nie zawarł w wyjaśnieniach żadnych znaczących, konkretnych informacji.

Natomiast wykonawca Comparex również potraktował wyjaśnienia w sposób bardzo ogólny i wykonawca ten w żaden sposób nie wyjaśnił z jakich powodów zaoferował swoją cenę w ofertowej wysokości, a podstawowym argumentem przemawiającym za wysokością zaoferowanej ceny było stwierdzenie cyt. »cena zaoferowana przez [… wykonawca Comparex] obejmuje wszelkie składniki objęte wezwaniem zamawiającego z dnia 12 czerwca 2017 roku«.

Wobec tak ogólnych informacji, a w zasadzie braku wyjaśnień obu wykonawców zamawiający zwrócił się ponownie 12.09.2017 r. o udzielenie wyjaśnień.

Wykonawcy udzielili bardziej szczegółowych odpowiedzi 20.09.2017 r., ale zgodnie z ugruntowaną praktyką i linią orzeczniczą Izby zamawiający już po pierwszym zwróceniu się o udzielenie wyjaśnień powinien uzyskać wyczerpujące wyjaśnienia, a w także wykonawcy powinni złożyć dowody dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu. Oczywiście sytuacja taka powinna wystąpić, gdy zamawiający pierwotnie zwróci się o udzielenie wyjaśnień na odpowiednim poziomie szczegółowości. Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym zamawiający już w pierwszym piśmie wystarczająco szczegółowo przedstawił zagadnienia, na które powinni byli odpowiedzieć wykonawcy w zakresie RNC.

Izba stoi na stanowisku, że kolejne zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienia do wykonawców może dotyczyć tylko bardziej szczegółowych informacji w poszczególnych fragmentach wyjaśnień. Stanowisko Izby opiera się szczególnie na dwóch przepisach: art. 90 ust. 2 i art. 84 ust. 1 Pzp. Art. 90 ust. 2 Pzp brzmi »Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy«. Art. 84 ust. 1 Pzp brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«. Izba podkreśla, że przepis art. 84 ust. 1 Pzp ustanawia regułę niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert, a wszystkie wyjaśnienia czy uzupełnienia o których mowa np. w art. 26 ust. 3 czy w art. 90 ust. 2 Pzp są wyjątkami od tej reguły i jako takie nie mogą być stosowane rozszerzająco, zgodnie z łacińską paremią *exceptiones non sunt extentendae* . Dlatego zamawiający po otrzymaniu ogólnikowych wyjaśnień, a w zasadzie po nieotrzymaniu żadnych znaczących tłumaczeń powinien zastosować przepis art. 90 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Podobnie – w stosunku do oferty wykonawcy Techcourd wyrok KIO 1531/17 str. 18.

W związku z tym Izba musi przychylić się zarzutów odwołującego w przytoczonym wyżej zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Comparex i Techcroud, mimo że wykonawcy ci nie udzielili na wezwanie zamawiającego właściwych wyjaśnień dotyczących RNC.

Rozpoznając pozostałe zarzuty Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący stawiając zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp nie uzasadnił naruszenia tych przepisów. Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp brzmią »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] (2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; (3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«. Odwołujący nie

wykazał, że treści ofert wykonawców Comparex i Techcroud nie odpowiadają treści SIWZ ani że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W szczególności odwołujący zarzucił wykonawcy Techcroud, że wykonawca ten w uprzednim postępowaniu [z 2016 r.] złożył oświadczenie o braku podwykonawców co *de facto* oznacza, że zamówienie jest realizowane przez pracowników w ramach umowy o pracę ewentualnie inny rodzaj umowy zakładający jednak pracę pod nadzorem wykonawcy Techcroud. Natomiast w obecnie

rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym wykonawca Techcroud złożył z ofertą decyzję ZUS stwierdzającą, że firma nie jest zarejestrowana w ZUS. I dalej odwołujący przyjął, że w 2016 r. wykonawca Techcroud złożył nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia i musiał mieć pracowników co wywołuje skutek w postaci obowiązku uiszczania składek na ubezpieczenie zdrowotne od wymienionych w odwołaniu konkretnych osób, które realizowały umowę z 2016 r. Jednak zamawiający stwierdził podczas rozprawy, czemu Izba dała wiarę, że cyt. »Zamawiający w trakcie postępowania zamówieniowego nie jest władny dokonywania analizy danych, objętych tajemnicą ubezpieczeniową, która jest ukształtowania na gruncie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, a członkowie komisji przetargowej dokonując analizy dokumentów mają na względzie np. art. 9 ust. 1 i 1a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Okoliczność, że w przypadku, kiedy umowa zlecenia jest zawarta z osobą, która jest pracownikiem innego podmiotu i odprowadzane są składki w wymaganej wysokości, po złożeniu stosownego oświadczenia, składki nie są odprowadzone od umowy zlecenia, zawartej ze zleceniodawcą, niebędącym pracodawcą, jak również okoliczność ubezpieczenia osób podejmujących współpracę w ramach zatrudnienia na podstawie art. 1 ust 1 pkt 1b ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Występuje szereg innych przypadków, w których składki mogą nie być odprowadzane, co nie implikuje zasadności wniosku pełnomocnika odwołującego o złożenia wniosku o sprawdzenie wnoszenia składek«.

Ponadto odwołujący wykazał, że wykonawca Comparex zamierza zlecić wykonawcy IBM usługi na poziomie 85% zaproponowanej przez siebie ceny ofertowej. Jednak Izba musi stwierdzić, że takie przewidzenie powierzenia wykonania części przedmiotu zamówienia nie stanowi naruszenia żadnego przepisu.

W związku z powyższym Izba stwierdza, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp nie mogą być uwzględnione.

Izba stwierdza, że kolejny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«, nie może być uwzględniony.

Przepis ten nie odnosi się wprost do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w którym jest prowadzone rozpoznawane postępowanie zamówieniowe, a cytowany przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp należy go stosować w postępowaniach wieloetapowych jak np. przetarg dwustopniowy, gdzie wyraźnie oddzielony jest etap sprawdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu od kolejnych czynności składania ofert oraz ich oceny. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie ma obowiązku stosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp dlatego nie Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia tego przepisu.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, które to przepisy brzmią »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] (16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; (17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył zacytowane wyżej zacytowane przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, a na wykazanie tego zarzutu przedstawił faktyczne uzasadnienie okoliczności dotyczące braku doświadczenia wykonawcy Techcroud i przedstawienia przez tego wykonawcę doświadczenia w zakresie obsługi innego zamawiającego – ARiMR, który dysponuje innymi komputerami. Nie jest sporne, że ARiMR posiada komputery HP, a nie IBM. Zarzut ten był sformułowany bez wglądu do odpowiednich części oferty wykonawcy Techcroud, gdyż zostały one zastrzeżone przez wykonawcę Techcroud jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba musi stwierdzić, że wykonawcę Techcroud

na wykazanie spełnienia tego warunku wykazał inne doświadczenie, zgodne z warunkami postawionymi przez zamawiającego, dlatego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp nie może być uwzględniony przez Izbę.

Izba także nie może się przychylić do ostatniego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp, które to przepisy brzmią »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne« i »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu«.

Odwołujący nie wykazał, że wykonawcy Comparex i Techcroud nieprawidłowo zastrzegli informacje, jako tajemnice przedsiębiorstw, ale zarzut i tak nie ma wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający naruszył art. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony i uczestników postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. poz. 238 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: ……

……

……