

Sygn. akt: KIO 1441/23

WYROK
z dnia 6 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. przez wykonawcę Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie,

przy udziale wykonawcy S-NET sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutu z pkt 3 lit. a petitum odwołania w związku z jego wycofaniem przez odwołującego.
2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - 2.2. wezwanie wykonawcy S-NET sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za miesięczną usługę kolokacji sprzętu komputerowego zamawiającego;
 - 2.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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 1441/23

Uzasadnienie

Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM” (Numer referencyjny: DG-XIII.272.1.2023, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 042-122845.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

22 maja 2023 r. wykonawca Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu (dalej: „Odwołujący” oraz „Infomex”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Województwo Małopolskie zobowiązane jest na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę S-NET sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „S-NET”);

b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez S-NET, w szczególności zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny;

c) zaniechania czynności odrzucenia oferty S-NET.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S-NET, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności zaś z uwagi na nie spełnienie wymagania punktu § 4 ust. 1 pkt 1.5 Projektowanych postanowień umowy (dalej: „PPU”) przez oferowane rozwiązanie, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie S-NET tj. zaniechanie czynności wezwania S-NET do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie ceny za miesięczną usługę kolokacji sprzętu komputerowego Zamawiającego, która stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi;
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy S-NET jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem nakazania odrzucenia oferty złożonej przez S-NET,

a także nakazania wezwania wykonawcy S-NET do złożenia wyjaśnień w zakresie zaofferowanej ceny;
3) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Infomex podniósł, że S-NET w złożonej ofercie wskazał, iż zamówienie będzie realizowane w serwerowni znajdującej się w Krakowie przy ul. Królewskiej 57. W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy S-NET jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z § 4 ust. 1 pkt 1.5 PPU, w którym Zamawiający zastrzegł, iż „Serwerownia Wykonawcy musi spełniać wymagania normy minimum TIER III lub normy EN 50600 lub norm równoważnych”. Infomex podkreślił, że wskazana przez S-NET serwerownia nie spełnia normy minimum TIER III lub normy EN 50600. Ponadto wykonawca S-NET w treści złożonej oferty nie odwoływał się do żadnych norm równoważnych w stosunku do norm wskazanych i wymaganych przez Województwo Małopolskie.

Odwołujący wskazał, że klasyfikacja TIER służy do określenia poziomu dostępności i niezawodności infrastruktury (fizycznej - zasilanie, chłodzenie, architektura budynku itp.). Poziom TIER III: Infrastruktura niezależnie zarządzalna – oznacza brak wpływu zarządzania i wymiany komponentów infrastruktury na pracę systemu IT. Poziom Tier III zawiera również wymagania dotyczące charakterystyki budynku takie jak: budynek celowo wybudowany na potrzeby data center, wydzielenie wskazanych funkcji do osobnych pomieszczeń - poza serwerownię, zabezpieczenia fizyczne przed dostępem nieuprawnionych osób, możliwość łatwego zwiększenia pojemności i możliwości centrum danych, wsparcie operacyjności - mechaniczne i automatyczne rozwiązania ułatwiające utrzymanie działania systemu. Naddo, wymaga się ograniczenia ryzyka związanego z wystąpieniem naturalnych kataklizmów oraz bliską działalnością ludzką, która mogłaby mieć wpływ na bezpieczeństwo obiektu (odległość portu lotniczego, autostrady itp.). Analogiczne wymagania wynikają z normy EN 50600, która określa zagadnienia budowy, wyposażenia i infrastruktury centrów przetwarzania danych.

Zdaniem Infomex serwerownia wykonawcy S-NET nie spełnia wymagań wskazanych wyżej norm dla profesjonalnego Data Center ze względu na lokalizację i architekturę, która nie gwarantuje bezpieczeństwa fizycznego na wymaganym poziomie. Serwerownia nie została wydzielona w sposób określony normą oraz wymaganiami Zamawiającego (§ 4 ust. 1 pkt 1.6-1.36 PPU). Odwołujący zaznaczył, że serwerownia ta znajduje się bowiem w klasycznym nieogrodzonym budynku biurowym zlokalizowanym w centrum miasta (duża aglomeracja) – nie jest to budynek przeznaczony stricte do świadczenia usług Data Center, bez wymaganej strefy buforowej i przy mocnej zabudowie w bezpośrednim sąsiedztwie, co dodatkowo powoduje niezgodność ze wskazanymi wyżej normami. Reasumując – w ocenie Odwołującego – oferta wykonawcy S-NET jest niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem wskazana serwerownia nie spełnia normy minimum TIER III lub normy EN 50600.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że z danych dotyczących cen ofert, podanych w trakcie otwarcia ofert, wynika wprost, iż cena oferty wykonawcy S-NET w sposób znaczący odbiega nie tylko od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz od budżetu Województwa Małopolskiego, ale również od cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym Postępowaniu. Infomex zauważył, że oferta wykonawcy S-NET jest niższa: od szacunkowej wartości zamówienia o 598 802,87 zł, co stanowi różnicę na poziomie 28%, a ponadto od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert o 247 993,96 zł, co stanowi różnicę na poziomie 14%. W ocenie Odwołującego największe wątpliwości budzi jednak cena za usługę kolokacji sprzętu komputerowego. Infomex wyjaśnił, iż każdy wykonawca w formularzu ofertowym zobowiązany był do podania dwóch cen tj.: ceny za usługę kolokacji sprzętu, która to część stanowi cały merytoryczny zakres zamówienia oraz szacowanej ceny za energię elektryczną (zgodnie z dokumentami zamówienia cena w tym zakresie powinna stanowić właściwie refakturowanie kosztów energii). A zatem to właśnie cena za usługę kolokacji stanowi główną i istotną część kosztów składających się na merytoryczny zakres zamówienia. Zdaniem Odwołującego cena ta powinna budzić wątpliwości Zamawiającego i powinna zostać przez niego zweryfikowana. Infomex wskazał, iż cena S-NET za kolokację sprzętu jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert o 11 698,53 zł (miesięcznie), co stanowi różnicę na poziomie ponad 45% (w zakresie kolokacji). Gdyby więc pominąć część dotyczącą refakturowania kosztów energii, to w zakresie głównym, dotyczącym merytorycznej części zamówienia, wobec wybranej oferty zachodzą ustawowe przesłanki do weryfikacji ceny. Odwołujący podkreślił, że różnica ta jest bowiem znacznie wyższa niż próg wskazywany przez ustawodawcę (30%). Ponadto istotne wątpliwości wynikają także z uwagi na poziom cen oferowanych przez wykonawcę S-NET powszechnie na rynku. Odwołujący zaznaczył, że publicznie dostępne ceny publikowane na stronie internetowej S-NET są bowiem kilkukrotnie wyższe niż cena zaofferowana w przedmiotowym Postępowaniu.

Infomex zawarł tabelę obrazującą porównanie miesięcznej ceny ofertowej S-NET za „Usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego” (w tym m.in. 5 szt. szaf RACK i łącze do Internetu 1 Gb/s ze 100% gwarancją przepustowości) - 14 206,50 zł ze standardowymi cenami publikowanymi na stronie internetowej wskazanego wyżej wykonawcy, które wyglądają następująco:

- Kalkulator kolokacji dla biznesu, w tym tylko 5 szt. szaf RACK (Moc 250W) i łącze do Internetu 1 Mb/s - 18 393,42 zł (miesięczna cena brutto za usługę);
- Kalkulator kolokacji dla biznesu, w tym tylko 5 szt. szaf RACK (Moc 4000W) i łącze do Internetu 1 Mb/s - 22 711,34 zł (miesięczna cena brutto za usługę);
- Kalkulator kolokacji dla biznesu, w tym tylko 5 szt. szaf RACK (Moc 4000W) i łącze do Internetu 1 Gb/s - 27 139,21 zł (miesięczna cena brutto za usługę).

Odwołujący podkreślił, że ceny internetowe dotyczą tylko pewnego fragmentu przedmiotowego zamówienia tj. najmu powierzchni kolokacyjnej w ilości 5 szt. szaf RACK i w ostatnim wariantcie łącza do Internetu o wymaganej przepustowości 1 Gb/s i nie obejmują pozostałych elementów przedmiotowego zamówienia a stanowiących istotny koszt, jak m.in.:

- jednorazowe działania dotyczące przygotowania inwentaryzacji, dokumentacji i planu przeniesienia na tymczasowe środowisko wykonawcy, relokacja fizyczna infrastruktury (m.in. czasochłonność, transport, koszty gwarantowanego ubezpieczenia), instalacja relokowanej infrastruktury, synchronizacja i uruchomienia Systemów Centrum Danych UMWM na środowisku Zamawiającego w nowej lokalizacji i uruchomienia pozostałych usług oraz przygotowanie dokumentacji odbiorczej i procedur, które szeroko zostały opisane w § 2 ust. 1 oraz ust. 4 PPU;
- ciągłe działania w okresie świadczenia usług kolokacji przez cały okres umowy w zakresie świadczenia pozostałych usług cyklicznych wymaganych przedmiotem zamówienia oraz czynności wsparcia, administracji i monitoringu, które szeroko zostały opisane w § 2 ust. 1 oraz ust. 4 PPU oraz w „Załączniku nr 2 do Umowy -Specyfikacja usług kolokacji i usług dostępu do systemów”.

Infomex podniósł, że powyższe pokazuje, iż cena zaoferowana przez wykonawcę S-NET nie jest rynkowa i powinna budzić wątpliwości Województwa Małopolskiego. Odwołujący przywołał treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że zastosowanie opisanej w nim procedury jest obowiązkiem Zamawiającego, od którego realizacji w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie może. W ocenie Odwołującego nie może budzić żadnych wątpliwości, iż wskazana powyżej cena za kolokację stanowi główny element zamówienia.

Kolejno Infomex podkreślił, że mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 224 ustawy Pzp. Przepis ten ma zatem zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny.

Infomex podniósł również, że pomimo wskazania przez ustawodawcę pewnego pułapu procentowego uprawdzającego zaistnienie rażąco niskiej ceny, należy z całą stanowczością podkreślić, że każdy z przypadków musi podlegać indywidualnej ocenie. W konsekwencji – zdaniem Odwołującego – Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia swojej oceny realności zaoferowanej ceny ofertowej wyłącznie do formalnego jej porównania z pułapami procentowymi określonymi ustawie Pzp. Pułapy procentowe określone w tym przepisie stanowią bowiem jedynie pewną wskazówkę co do sytuacji, w której możemy mieć do czynienia z rażąco niską ceną, nie są jednak wiążącą, a przynajmniej nie jedyną, wytyczną. Odwołujący stwierdził, że każdorazowo dana cena ofertowa winna więc być przez Zamawiającego skrupulatnie weryfikowana, zwłaszcza w kontekście cen zaoferowanych w ofertach konkurencyjnych.

Reasumując – w ocenie Infomex – w stanie faktycznym niniejszej sprawy, istnieją poważne i uzasadnione wątpliwości co do sposobu oszacowania istotnych części składowych tego zamówienia przez S-NET, co rodzi po stronie Województwa Małopolskiego obowiązek (nie uprawnienie) wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W dalszej części uzasadnienia odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (podobnie jak zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), w okolicznościach niniejszej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania ofert, uwzględniającego wyżej wymienione czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego w ocenie Infomex zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego. Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia Infomex wskazał, że w niniejszym Postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy S-NET, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejsza. Odwołujący podkreślił, że taki sposób rozstrzygnięcia Postępowania stanowi zatem rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

1 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca S-NET sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem 4 ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest usługa kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMMW.

Warunki realizacji zamówienia oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarte są w Projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego – wzorzec umowy i stanowią Załącznik nr 1C do SWZ.

W § 2 ust. 1 pkt 1.2 PPU Zamawiający określili szczegółowy zakres wykonywanych prac, w tym usługi jednorazowe: inwentaryzację sprzętu i połączeń sieciowych, przygotowanie harmonogramu przeniesienia sprzętu do nowej lokalizacji, relokację systemów, transport, instalację i udogotwienie/uruchomienie wszystkich serwisów oraz testy systemów Centrum Przetwarzania Danych UMMW.

Stosownie do § 2 ust. 3 PPU wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia wsparcia technicznego 24 godziny na dobę przez cały okres trwania umowy.

Ponadto w § 4 PPU Zamawiający wskazał warunki świadczenia usługi kolokacji dotyczące w szczególności:

- zapewnienia przez wykonawcę monitoringu serwerowni, całodobową ochronę fizyczną i system kamer (ust. 1 pkt 1.19);
- zapewnienia przez wykonawcę łącza światłowodowego o przepustowości efektywnej wynoszącej min. 1 Gb/s pomiędzy lokalizacją UMMW przy ulicy Raclawickiej 56 w Krakowie, a serwerownią w której będą lokowane serwery (ust. 1 pkt 1.35);
- relokacji, instalacji, konfiguracji, weryfikacji oraz skutecznego uruchomienia sprzętu komputerowego przez wykonawcę (ust. 2);

- dostarczenia Zamawiającemu po zakończeniu prac instalacyjnych jednego egzemplarza dokumentacji powykonawczej odzwierciedlającej stan faktyczny zainstalowanego sprzętu komputerowego (ust. 3).

Zgodnie natomiast z brzmieniem § 9 ust. 3 PPU „Wykonawca zdemontuje zainstalowany Sprzęt komputerowy Zamawiającego oraz wykonane połączenia we własnym zakresie i na własny koszt”.

Dodatkowo w Załączniku nr 1 do PPU pn. „Warunki świadczenia dostępu do systemów” (dalej: „Załącznik nr 1 do PPU”) Zamawiający zastrzegł sobie prawo do rozbudowy systemu wskazanego w rzezonym załączniku w ramach zajmowanych szaf bez konieczności zmiany warunków umowy. Województwo Małopolskie wskazało, że jego sprzęt ulokowany jest w 5 szafach Rack (pkt 2). W myśl pkt 5 Załącznika nr 1 do PPU „Na potrzeby Centrum Przetwarzania Danych UMWM zostanie zapewnione łącze do Internetu na wyłączne potrzeby Zamawiającego o przepustowości pasma min. 1 Gb/s ze 100% gwarancją przepustowości (...)”. W Załączniku nr 2 do PPU pn. „Specyfikacja usług kolokacji i usług dostępu do systemów” (dalej: „Załącznik nr 2 do PPU”) Zamawiający zawarł listę czynności, których wymaga w ramach świadczenia przez wykonawcę usług kolokacji tj. czynności wsparcia, administracji i monitoringu.

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi 2 623 271,40 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp została ustalona na kwotę 874 423,80 zł.

W Postępowaniu zostały złożone cztery oferty:

1) oferta wykonawcy Flowberg It sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu za łączną cenę brutto 1 720 543,68 zł (w tym ofertowana miesięczna cena brutto za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego wynosi 18 053,94 zł, natomiast szacowany miesięczny koszt za energię elektryczną - 29 738,94 zł);

2) oferta wykonawcy S-NET sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie za łączną cenę brutto 1 552 279,68 zł (w tym ofertowana miesięczna cena brutto za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego wynosi 14 206,50 zł, natomiast szacowany miesięczny koszt za energię elektryczną - 28 912,38 zł);

3) oferta wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie za łączną cenę brutto 2 245 155,12 zł (w tym ofertowana miesięczna cena brutto za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego wynosi 45 018,00 zł, natomiast szacowany miesięczny koszt za energię elektryczną - 17 347,42 zł);

4) oferta wykonawcy Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu za łączną cenę brutto 1 704 115,80 zł (w tym ofertowana miesięczna cena brutto za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego wynosi 26 341,68 zł, natomiast szacowany miesięczny koszt za energię elektryczną - 20 994,87 zł).

Cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę S-NET jest niższa o około 28% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Różnica pomiędzy miesięczną ceną brutto za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego zaoficerowaną przez Przystępującego a ceną brutto w tym samym zakresie w ofertach pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu wynosi:

- w odniesieniu do oferty Flowberg It sp. z o.o. - ponad 27%,
- w odniesieniu do oferty Infomex sp. z o.o. - ponad 85%,
- w odniesieniu do oferty Netia S.A. - ponad 316%.

Różnica pomiędzy miesięczną ceną brutto za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego zaoficerowaną przez Przystępującego (14 206,50 zł) a średnią ze wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu w tym zakresie (25 905,03 zł) wynosi ponad 82%.

11 maja 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. wykonawcy S-NET sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt 3 lit. a petitum odwołania w związku z jego wycofaniem przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”. Z kolei stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania (...)”. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał Odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że Odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem Odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Izba uznała natomiast, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w pozostałym zakresie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że „1. Jeżeli zaoficerowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w

ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...)

Stosownie do brzmienia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”.

Mając na uwadze treść przytoczonych przepisów Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że potwierdził się zarzut z pkt 3 lit. b petitum odwołania. Należy bowiem podkreślić, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty nie tylko wtedy, gdy cena ta jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen ofert (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), ale także wtedy gdy zaoferowana cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że nawet cena, która nie jest niższa od wspomnianego wskaźnika 30%, może budzić wątpliwości zamawiającego i w takim przypadku zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tejże ceny (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3703/21). Bez wątplenia norma prawna zawarta w przepisie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania rzeczzonego przepisu – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. W zakresie interpretacji przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pomocniczo zasadnym jest również przywołanie stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w opinii prawnej pn. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji” wydanego co prawda na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), ale zachowującego swą aktualność także pod rządami nowej ustawy Pzp, w której m.in. stwierdzono: „W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególnie ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym)” (>). Ponadto odnosząc się do wykładni pojęcia istotnej części składowej Izba zaznacza, że podziela stanowisko wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi zatem o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2022 r. o sygn. akt KIO 1543/22).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy oraz biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że w niniejszym Postępowaniu zaszczyt przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Odwołujący w dostateczny sposób wykazał, że okoliczności towarzyszące prowadzonemu Postępowaniu powinny skłonić Województwo Małopolskie do powzięcia wątpliwości w zakresie wyliczenia całkowitej ceny oferty, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za miesięczną usługę kolokacji sprzętu komputerowego Zamawiającego. Bezspornym jest, iż cena za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMMW w niniejszym Postępowaniu stanowi główny element zamówienia obok kosztów za zużycie energii elektrycznej, co wynika z dokumentów zamówienia, w tym przede wszystkim potwierdza to konstrukcja Formularza oferty (Załącznik nr 2 do SWZ), w którym Zamawiający wymagał podania łącznej ceny za wykonanie zamówienia w rozbiciu na pozycję dotyczącą rzeczonyj usługi kolokacji (miesięczna cena x 36 miesięcy) oraz pozycję odnoszącą się do szacowanego kosztu za energię elektryczną (miesięczna cena x 36 miesięcy). Zdaniem Izby już sama okoliczność różnic pomiędzy kwestionowaną miesięczną ceną za usługę kolokacji sprzętu komputerowego Zamawiającego zaoferowaną przez wykonawcę S-NET, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a cenami w tym samym zakresie wskazanymi przez pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu (cena Flowberg It sp. z o.o. - wyższa o ponad 27% względem oferty wybranej, cena Infomex sp. z o.o. - wyższa o ponad 85% względem oferty wybranej, cena Netia S.A. - wyższa o ponad 316% względem oferty wybranej), powinna wpłynąć na powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego i skłonić Województwo Małopolskie do pogłębionej analizy złożonych ofert. Dodatkowo – jak słusznie wskazywał Odwołujący podczas rozprawy – wątpliwości te zostały potwierdzone w piśmie procesowym złożonym przez wykonawcę S-NET, do którego Przystępujący dołączył przykładowe faktury VAT wystawiane swoim kontrahentom, przedstawiające miesięczne ceny za oferowane usługi kolokacji. Izba zwróciła uwagę, że ceny wynikające ze złożonych faktur VAT okazały się niższe od tych podanych na stronie internetowej Przystępującego, jednak pomimo to Odwołujący zdołał wykazać, że w dalszym ciągu wątpliwe jest, aby cena za usługę kolokacji sprzętu Zamawiającego zaoferowana przez S-NET wystarczyła na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w dokumentacji Postępowania. Uwzględniając ceny wskazane przez Przystępującego w rzeczonym piśmie procesowym Odwołujący złożył bowiem symulację kalkulacji minimalnego kosztu przedmiotu zamówienia: usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMMW dla tańszego wariantu relokacji określonego w pkt 1.2.1.2 ppkt pierwszy Załącznika nr 1C do SWZ (dowód nr 2), w której w pozycjach nr 9-11 odniósł się do cen wynikających z przedłożonych przez S-NET faktur VAT, które po zsumowaniu dają kwotę 12 710 zł brutto. Infomex podniósł, że różnica pomiędzy wskazaną kwotą a zaoferowaną przez S-NET miesięczną ceną brutto za usługę kolokacji sprzętu Zamawiającego tj. 14 206,50 zł wynosi 1 496,50 zł brutto. Odwołujący w przedłożonej kalkulacji cenowej – w ślad za argumentacją przedstawioną w odwołaniu – odniósł się również do pozostałych kosztów, które w jego ocenie zostały pominięte przez Przystępującego, a które wymagane są przez Zamawiającego do prawidłowego wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją Postępowania tj. przede wszystkim: koszty jednorazowe związane z relokacją (pozycje nr 2-5), cykliczne usługi miesięczne - obsługa administracyjna, techniczna i serwisowa środowiska oraz wsparcie, monitoring (pozycje nr 7-8), koszty usługi jednorazowej na zakończenie umowy - zwrot sprzętu komputerowego będącego własnością Zamawiającego (pozycja nr 14). Ponadto Infomex trafnie zauważył, że Przystępujący nie uwzględnił przy kalkulowaniu ceny także innych kosztów stałych, o których wspomniał w swoim piśmie procesowym (m.in.: koszty utrzymania Data Center i infrastruktury telekomunikacyjnej oraz koszty pracy). Odwołujący zasadnie więc podniósł, że – mając na uwadze warunki zamówienia – wykonanie wszystkich powyższych czynności za

cenę zaoferowaną przez S-NET bez wątplenia powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że obecny na rozprawie Przystępujący nie podjął próby skomentowania wyliczeń Odwołującego tj. kalkulacji przedstawiającej minimalny koszt wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem kwot podanych przez S-NET w złożonym piśmie procesowym. Przystępujący ograniczył się wyłącznie do lakonicznego twierdzenia, że Zamawiający nie wymagał w Postępowaniu wskazywania konkretnych kwot poszczególnych czynności/usług składających się na usługę kolokacji. Mając na uwadze powyższe należy przypomnieć, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze toczące się przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z kolei w myśl art. 535 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń bądź odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący przedstawił stosowną argumentację oraz dowody, które nie zostały obalone przez Zamawiającego i Przystępującego. Należy podkreślić, że okoliczność przedłożenia przez wykonawcę S-NET w piśmie procesowym wyjaśnień i dowodów w postaci faktur VAT przedstawiających oferowane ceny oraz brak jakiegokolwiek podważenia zarzutów Odwołującego wobec wyliczeń w zakresie ceny za usługę kolokacji sprzętu Centrum Przetwarzania Danych UMWM, dodatkowo doprowadziła do konieczności stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego rzeczywiście powinna wzbudzić wątpliwości u Zamawiającego, co wypełnia przesłankę z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę przebieg niniejszego postępowania odwoławczego Izba uznała, że Odwołujący sprostował spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu tj. wykazał i uzasadnił okoliczności, które czyni podstawą postawionego zarzutu zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie S-NET.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego – przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie oraz rozwiniętego podczas rozprawy – stanowiącego próbę wykazania powodów, dla których nie powziął on wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez S-NET, w ocenie Izby nie było ono przekonujące. Przede wszystkim skład orzekający zauważa, że Województwo Małopolskie konsekwentnie podkreślało, iż w Postępowaniu nie wystąpiły przesłanki obligatoryjne odnośnie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż łączna cena brutto oferty Przystępującego (wartość za usługę kolokacji i energię elektryczną) nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, w związku z czym nie budziła ona żadnych wątpliwości Zamawiającego. W tym miejscu koniecznym jest podkreślenie, że przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części składowej pod kątem rażąco niskiego charakteru, którym jest przekonanie Zamawiającego co do tego, że dana cena wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia bądź wynikającymi z odrębnych przepisów. Zastosowanie procedury, o której mowa powyżej jest obowiązkiem Zamawiającego, od którego niewątpliwie nie może on odstąpić w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną lub jej istotną częścią składową, nawet jeśli cena oferty nie osiągnie wskaźnika 30%, o którym mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W tym kontekście należy przyjąć, że Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia swojej oceny realności zaoferowanej ceny wyłącznie do formalnego jej porównania z pułapami procentowymi określonymi w ustawie Pzp, zwłaszcza gdy – tak jak w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy – istnieją okoliczności, które generować powinny u Zamawiającego wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez S-NET, w tym w szczególności w zakresie ceny za miesięczną usługę kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM.

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne zdaniem Izby Odwołujący zdołał wykazać, że Zamawiający rzeczywiście powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przez Przystępującego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Województwo Małopolskie.

Wobec tego, że potwierdził się zarzut z pkt 3 lit. b) petitum odwołania Izba uznała, że na uwzględnienie zasługuje również zarzut z pkt 3 lit. c) petitum odwołania, który ma charakter wynikowy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący.....