Sygn. akt KIO 1633/16

WYROK
z dnia 19 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2016 r. przez wykonawcę **QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**
przy udziale wykonawcy **CUBE.ITG S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa, i
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa,
2.2. zasądza od wykonawcy QUMAK S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa na rzecz zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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, z późn. zm.) na 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 1633/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Obsługa serwisowa urządzeń i oprogramowania IBM”,* znak sprawy: TZ/271/10/16.

Wykonawca QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie – odwołujący w postępowaniu odwoławczym – wniósł w dniu 2 września 2016 r. odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”:

1. wobec czynności i zaniechania Zamawiającego (lub „ZUS”), polegających na:
1.1. ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy CUBE.ITG S.A., zwanego dalej „CUBE”,
1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty CUBE jako oferty, zawierającej rażąco niską cenę, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, ze względu na nieposiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia i złożenie nieprawdziwych informacji co do przedłożonych referencji,
1.3. czynności bezpodstawnego zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień CUBE z dnia 28.06.2016 r. wraz ze wszystkimi załącznikami, które stanowią uzupełnienie wykazu

doświadczenia.
2. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie:
2.1. (…);
2.2. art. 7 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, przez m.in.
- bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego zastrzeżeń CUBE w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz;
- bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień CUBE co do doświadczenia i wiedzy, którą dysponuje wykonawca, a która nie spełnia wymagań ogłoszenia i SIWZ;
- zaniechanie zbadania oferty CUBE pod kątem rażąco niskiej ceny i jej nierealnego poziomu w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia;
2.3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 przez niezgodne z Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2.4. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez bezpodstawne ich zastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że CUBE miał prawo uzupełnić Wykaz usług w sytuacji, gdy złożył

nieprawdziwe informacje, co do pierwotnie przedkładanych referencji i usług wykonanych na rzecz Data Techno Park Sp. z o.o.;
2.5. art. 24 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia CUBE z postępowania, pomimo że podmiot ten złożył nieprawdziwe informacje, co do przedkładanych referencji;
2.6. art. 24 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia CUBE z postępowania, pomimo że podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2.7. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez CUBE jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
2.8. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez jego niezastosowanie wobec oferty CUBE, która zawiera nierynkową cenę względem przedmiotu zamówienia;
2.9. art. 26 ust. 4 i art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania CUBE do wyjaśnień części składowych zaoferowanej Zamawiającemu ceny oferty, w sytuacji gdy wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;
2.10. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp i wz. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień CUBE z dnia 28.06.2016 r. wraz załącznikami, a w szczególności uzupełnieniem wykazu usług, w sytuacji gdy wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 tej ustawy, a utajnienie uzupełnianego wykazu usług ma na celu jedynie utrudnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.
3. Z uwagi na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:
3.1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
3.1.1. (…),
3.1.2. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty CUBE jako najkorzystniejszej,
3.1.3. dokonania ponownej oceny ofert i w zależności od ustaleń:
1) dokonania ponownej oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) ujawnienia w całości wyjaśnień CUBE z dnia 28.06.2016 r. wraz z załącznikami oraz udostępnienia ich Odwołującemu do wglądu;
3) odrzucenia oferty CUBE jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwie konkurencji z nierealną ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz oferty złożonej przez

podmiot podlegający wykluczeniu ze względu m.in. na złożenie nieprawdziwych informacji;

3.1.4. dokonania wyboru oferty QUMAK S.A. jako najkorzystniejszej w ramach postępowania,
3.1.5. względnie, na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą braku podstaw do uwzględnienia żądania z pkt 3, do nakazania Zamawiającemu wezwania CUBE do złożenia wyjaśnień:
1) w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w przedmiocie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę oraz
2) w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie rażąco niskiej ceny;
3.1.6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Wnioski dowodowe - Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodów opisanych w uzasadnieniu i dowodów z dokumentów powołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane przy okazji powołania każdego z dowodów, a także dalszych dokumentów złożonych na rozprawie na okoliczności powołane przy okazji składania takich dokumentów;
2. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność realności ceny zaoferowanej przez CUBE za wykonanie przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy producent wszystkim oferentom zaoferował taką samą cenę za usługi serwisowe, a ponadto CUBE musi uwzględnić m.in. udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, w sytuacji gdy sam nie dysponuje wymaganymi referencjami oraz koszty wymaganych zabezpieczeń należytego wykonania przyszłej umowy.

Uzasadnienie odwołania.

1. Warunki formalne odwołania

1.1. – 1.6. Odwołujący przedstawił okoliczności potwierdzające czynności i zachowanie ustawowych terminów do: wniesienia odwołania, uiszczenia wpisu w wymaganej kwocie, przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

2. Interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej

2.1. – 2.4. Odwołujący stwierdził, że posiada interes w złożeniu środka ochrony prawnej, przewidzianego w art. 180 i nast. Pzp, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Wskazał wyrok z dnia 17.04.2012 r., KIO 637/12. Podniósł, że jego oferta zajmuje II pozycję spośród wszystkich złożonych ofert. Oferta wykonawcy CUBE powinna podlegać odrzuceniu i w sytuacji odrzucenia oferty, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Interes Odwołującego w złożeniu odwołania jest bezsporny. Dokonane przez Zamawiającego naruszenia i zaniechania zmniejszają możliwości Odwołującego uzyskania pozytywnego

rozstrzygnięcia postępowania przez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, co uzasadnia złożenie odwołania.

3. Stan faktyczny

Odwołujący wskazał, że czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu wyboru oferty CUBE jako najkorzystniejszej, nie znajduje podstawy w przepisach Pzp oraz treści ogłoszenia i SIWZ. Wskazując wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 lipca 2006 r., sygn. UZP/ZO/0-2007/06, Odwołujący uznał, że Zamawiający dokonał błędnego ustalenie stanu faktycznego i z naruszeniem przepisów prawa dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która m.in. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem nie powinna zostać poddana ocenie Zamawiającego w ramach postępowania. W całej rozciągłości zaprzeczył poprawności działań Zamawiającego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

4. Zarzut zaniechania wykluczenia CUBE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp

Odwołujący przedstawił wymagania dotyczące udziału wykonawców w postępowaniu: Zamawiający w sekcji I Warunki udziału w postępowaniu, pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu wskazał: *„O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali lub wykonują: 1) co najmniej jedną usługę opieki serwisowej dla serwerów Power 7 przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy. 2) co najmniej jedną usługę opieki serwisowej dla macierzy Storwize przez okres minimum kolejnych 12 miesięcy. 3) co najmniej jedną usługę opieki serwisowej dla oprogramowania AIX, PowerHA, PowerVM przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy.*
Zamawiający dopuszcza by Wykonawca jedną usługą potwierdzał spełnienie warunku

udziału w ust. 1 pkt 1)-3).”

Postawił tezę, że CUBE nie posiada wymaganego doświadczenia oraz, że złożył nieprawdziwe informacje przedkładając referencje w zakresie usług wykonanych przez Integrated Solutions Sp. z o.o. na rzecz Data Techno Park Sp. z o.o. Wskazał, że referencja wystawiona przez Data Techno Park Sp. z o.o. na rzecz Integrated Solutions, użyczona następnie CUBE, budzi wiele wątpliwości, zatem poddaje pod rozwagę KIO rzetelność tego dokumentu. Uznał, że fakt utajnienia referencji z realizacji usługi prowadzonej zgodnie z Prawem zamówień publicznych, może świadczyć o nieprzejrzystości intencji CUBE. ZUS dokonał odtajnienia tej referencji i użyczenia zasobów oraz poinformował o tym odwołującego za pośrednictwem faksu w dniu 07.06.2016 r.

Kwestionowana przez Odwołującego referencja dotyczy realizacji dostawy i usług serwisowych, które Integrated Solutions wykonywał na rzecz Data Techno Park Sp. z o.o. (dalej również DTP). Zdaniem Odwołującego, zastanawiająca jest treść referencji, gdyż potwierdza realizację serwisu w okresie, gdy umowa jeszcze trwała, tzn. przed podpisaniem

protokołu odbioru końcowego. Ponadto, referencja została podpisana przez prezesa Data Techno Park Sp. z o.o., który jednocześnie jest wiceprezesem CUBE – pana M. G. . Powyższe oraz to, że Data Techno Park i CUBE należą do jednej grupy kapitałowej – właścicielem DTP jest firma CUBE, prowadzi do stwierdzenia, że CUBE sam na własny użytek i tego postępowania wystawił sobie referencję. Przedstawione fakty, zdaniem Odwołującego, prowadzą do konfliktu interesów i mogą przekładać się na rzetelność sporządzonej w taki sposób dokumentacji.

Bazując na dokumentacji postępowania przetargowego Odwołujący wskazał, że treść referencji jest niezgodna ze stanem faktycznym, gdyż w myśl opisu wzoru umowy, którą podpisała spółka Integrated Solutions, bieg gwarancji rozpoczyna się dopiero z chwilą podpisania protokołu odbioru końcowego. Dowód: - Link do postępowania prowadzonego przez DTP:
http://datatechnopark.pl/listaprzetargow/przetarq-dostawe-wdrozenie-infrastruktury informatycznej-oprogramowania/
Wzór umowy na realizację usług dla DTP - ust. 1 i 3 § 15. Gwarancja jakości i rękojmia za wady - str. 10 i 11 cyt. *„1. Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości i rękojmi za wady (dalej: gwarancja) na okres 36 miesięcy na warunkach określonych w niniejszej umowie i załącznikach. Okres gwarancji i rękojmi za wady ulega zmianie o ile wskazują na to zapisy szczegółowe”, „3. Bieg terminów określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu rozpoczyna się z dniem protokolarnego podpisania przez Zamawiającego Protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy, o którym mowa w § 14 Umowy bez zastrzeżeń”.*
Dowód: Wzór umowy - „Zał.-nr-13-wzór-umowy-29.10.2014.docx”

Zamawiający wezwał CUBE do złożenia wyjaśnień dotyczących treści referencji i zgodnie z przesłanymi wyjaśnieniami w dniu 28.06.2016 r., CUBE kolejny raz wprowadził ZUS w błąd twierdząc, że projekt był realizowany w 4 Etapach. Zgodnie z wzorem umowy (Plik „Zał.-nr-13-wzór-umowy-29.10.2014.docx”) etapy dotyczyły tylko i wyłącznie finansowania, które było ryczałtowe, a tylko wynagrodzenie było rozłożone na 4 transze co do płatności - str. 3 wzoru umowy - ust. 1 § 3. „Termin realizacji zamówienia” oraz ust. 1 „§ 11. Wynagrodzenie”.

Odwołujący wskazał, że ważnym elementem jest również to, że zgodnie z wyjaśnieniami CUBE z dnia 28.06.2016 r. - str. 4, potwierdzony termin zakończenia prac przypada na dzień 27.07.2015 r. Dopiero od tego dnia, zgodnie z postanowieniami umowy ust. 1 i 3 „§ 15. Gwarancja jakości i rękojmia za wady” - str. 10 i 11 (Plik „Zał.-nr-13-wzór-umowy-29.10.2014.docx”), spółka Intgrated Solutions rozpoczęła świadczenie serwisu.

Powyższe informacje dowodzą tego, że CUBE: raz, że nie spełnia wymagania co do posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia do realizacji zamówienia, to świadomie złożył nieprawdziwe informacje o należytym wykonaniu usług i dokonał doboru referencji

mając świadomość, że zamówienie wykonane na rzecz Data Techno Park nie spełnia wymagań tego postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskakujące na konieczność podejmowania przez zamawiającego aktów staranności mających na celu

ustalenie wiarygodności informacji przedstawianych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu – wyroki z: 27 lutego 2009 r., sygn. KIO/UZP 169/09; 1 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2383/14; 18 lipca 2008 r., sygn. KIO/UZP 683/08.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, oczywistym jest, że oświadczenie CUBE dotyczące spełniania przez spółkę wymogów Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wyjaśnienia wykonawcy z dnia 28.06.2016 r., pozostaje w sprzeczności z faktycznymi możliwościami tego wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem Izby złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania wyklucza możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie można także uznać tego faktu za błąd – wyroki z: 24 października 2008 r., sygn. KIO/UZP 1098/08; 5 lutego 2009 r., sygn. KIO/UZP 99/09; 30 lipca 2009 r., sygn. KIO/UZP 934/09 oraz 2 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 526/15.

Z powyższego wnika, że w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji, CUBE nie może zostać wezwane już do uzupełnień w trybie art. 26 ust. Pzp. Okolicznością bezsporną jest, że CUBE z pełną świadomością wskazał w ramach swojego doświadczenia usługi, które nie spełniają wymagań Zamawiającego i postawionego w ogłoszeniu warunku co do doświadczenia – sekcja I pkt 2 pod pkt 2). Referencja i usługa wykonana przez Interated Solutions dla DTP nie spełnia wymagań postępowania, bowiem na dzień składania oferty usługa opieki serwisowej dla macierzy Storwize nie trwała przez okres minimum kolejnych 12 miesięcy. Ze względu na powiązania osobowe i kapitałowe DTP i CUBE – wykonawca musiał mieć tego świadomość. Zatem, potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 4 w zw. z 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy CUBE.

Odwołujący podniósł, że istotnym jest również to, że Zamawiający sam doszedł do tego wniosku w dniu 05.07.2016 r. nie uznając doświadczenia i referencji wystawionej przez DTP, jako spełniającej wymagania postawione, co do udziału w postępowaniu. Dowód: - pismo ZUS do CUBE z dnia 05.07.2016 r. (w aktach sprawy).

Wobec powyższego niezrozumiałe jest w ocenie Odwołującego, dlaczego Zamawiający dopuścił uzupełnienie Wykazu usług o nową/nowe referencje. W zaistniałym stanie rzeczy działanie takie stanowi naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Wykonawca składający nierzetelne dokumenty nie może korzystać z dobrodziejstwa ustawy i możliwości uzupełniania oferty.

Odwołujący zarzucił, że CUBE nie ma wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia i wiedzy i powinien zostać wykluczony również ze względu na art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Wniosek dowodowy:
ze względu na to, że CUBE zastrzegł jawność swojej oferty w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia i wraz z wyjaśnieniami z dnia 28.06.2016 r. uzupełnił wykaz usług, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z oferty CUBE i załączników do wyjaśnień z dnia 28.06.2016 r. – wykazu usług wraz z dowodami należytego wykonania usług i zobowiązanymi podmiotów trzecich – na okoliczność, że CUBE:

1) nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem zgodnie z Sekcją I pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu;
2) do oferty nie załączył wymaganych poświadczeń czy referencji od klientów wskazanych w wykazie wykonanych usług;
3) w ramach postępowania polega w trybie art. 26 ust. 2b Pzp na doświadczeniu i wiedzy podmiotu trzeciego, a udostępnienie potencjału przez ten podmiot nie ma rzeczywistego charakteru i nie zapewnia faktycznego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, co jest niezgodnie z ustawą Pzp – ze względu już na samą wartość ceny oferty CUBE.

Odwołujący podkreślił, że konieczność udziału w realizacji zamówienia podmiotu, który udostępnia wykonawcy zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, wynika także z doktryny i orzecznictwa. Wskazał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z: 8 maja 2013 r., KIO 953/13; 2 kwietnia 2013 r., KIO 629/13; ponadto wyrok z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. KIO 96/15 – kwestia potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, Odwołujący zarzucił, że doszło do naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 w zw. z 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy CUBE, wykonawca ten nie ma wymaganego doświadczenia. Potencjał, którym CUBE

dysponuje nie ma realnego charakteru, gdyż wykonawca ten w cenie swojej oferty nie przewidział żadnego wynagrodzenia dla podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, a zatem podmiot taki nie może brać udziału w realizacji usługi na rzecz ZUS. Nie ulega wątpliwości, że udostępnienie referencji bez faktycznego udziału podmiotu w zamówieniu jest niezgodne z Pzp i nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.

5. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty CUBE m.in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 4 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, że przedmiotem postępowania jest świadczenie usługi: „Obsługa serwisowa sprzętu i oprogramowania IBM w Centrali ZUS" wraz z przeglądami co 3 lub 6 miesięcy do wyboru przez Wykonawcę. OPZ wymagał wykupienia wsparcia u producenta sprzętu czyli w IBM, z uwagi na konieczność oferowania aktualizacji firmware

str. 5 pkt 10 SIWZ plik „SIWZ_25_03_16_zatwierdzona do pdf.pdf" cyt. *„10) zapewnienie dostępu do poprawek i aktualizacji oprogramowania maksymalnie do 7 dni od daty ich publikacji. Instalacja nowych wersji oprogramowania wbudowanego (firmware) oraz systemowego i narzędziowego (update, upgrade, patche) w terminach uzgodnionych z Zamawiającym".*

Składanie ofert miało miejsce w dniu 11.05.2016 r. Budżet Zamawiającego wynosi: 6 518 717,91 zł brutto; Cena oferty CUBE: 6 081 004,38 zł brutto; Cena oferty QUMAK: 7 025 509,08 zł brutto.

Zgodnie z SIWZ serwis części sprzętu miał mieć miejsce w okresie: 01.06.2016 - 31.10.2017, a kolejnej 28.06.2016 - 31.10.2017 - jest to przedstawione w formularzu ofertowym plik „formularz ofertowy" str. 4 lub „Oferta CUBE" str. 6 oraz w ofercie CUBE plik „1 oferta CUBE cz. I z II jawna" str. 12 - numeracja zgodnie z tym, w jakiej formie została oferta CUBE udostępniona QUMAK S.A.

Płatność zgodnie ze wzorem umowy w ramach postępowania następuje w okresach miesięcznych na podstawie protokołu odbioru - str. 26 § 2. Cena umowna i zasady rozliczeń wzoru umowy; cyt.: *„5. Płatności miesięczne za realizację przedmiotu Umowy następować będą przelewem w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego - Departament Zarządzania Systemami Informatycznymi, sekretariat, 01-748 Warszawa ul. Szamocka 3, 5 - prawidłowo wystawionych faktur wraz z podpisanym bez zastrzeżeń przez obie Strony Zbiorczym miesięcznym raportem wykonanych usług serwisowych, stanowiącym Załącznik nr 5 do Umowy, przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy nr (…). 6. Strony ustalają,* że *okresem rozliczeniowym jest miesiąc kalendarzowy."*

Odwołujący wskazał, że wszyscy uczestnicy postępowania uzyskali taką samą ofertę i wycenę od IBM. OUMAK S.A. otrzymał potwierdzenie od IBM dotyczące takich samych cen jak pozostali wykonawcy.

Biorąc pod uwagę wartość otrzymanej od IBM oferty 4 919 910,28 zł netto oraz minimalną różnicę wynoszącą zaledwie 23 995,72 zł netto pomiędzy ofertą złożoną przez CUBE oraz ofertą IBM, Odwołujący doszedł do wniosku, że cena oferty CUBE jest nierealna i nierynkowa i jako taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że CUBE doliczył tylko 23 995,72 zł netto do kosztów zakupu. Przeliczając to na liczbę miesięcy zgodnie z ofertą świadczenia serwisu, stwierdził, że wartość miesięczna marży wynosi (23 995,72 zł / 17 miesięcy) 1 411,51 zł miesięcznie.

Zatem Odwołujący uznał, że należy zadać pytanie, gdzie w tej kwocie zostały uwzględnione koszty:

a. obsługi finansowej kwoty, którą trzeba wpłacić na starcie do IBM za uruchomienie serwisu (1 440 682,37 zł netto). Kwota jest stała i się nie zmniejsza z uwagi na skrócenie okresu serwisu. Można więc domniemywać, że obecnie - zakładając podpisanie umowy we

wrześniu - marża na kontrakcie nie wynosi już 23 995,72, tylko odpowiednio mniej, bo jest mniej miesięcy świadczenia serwisu. Licząc od września br. wyklucza się 4 miesiące, czyli zostaje już zaledwie dla CUBE -18 349,68 zł netto;

b. należy doliczyć wynagrodzenie firmy udzielającej referencje bowiem sam CUBE nie ma wymaganego doświadczenia – tj. m.in. CloudWare oraz inny podmiot wskazany w wyjaśnieniach CUBE z dnia 28.06.2016 r. - wynika to z opisów użyczenia, że będą

uczestniczyć czyli CUBE będzie ponosiło jakieś koszty - strona 12 i 13 oferty CUBE - część odtajniona przez ZUS - numeracja zgodnie z tym w jakiej formie została oferta CUBE udostępniona QUMAK S.A. - jeżeli wynagrodzenie to nie zostało skalkulowane, stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji oraz potwierdza, że udostępnienie potencjału przez te podmiotu nie ma realnego charakteru;

c. gdzie w ofercie CUBE skalkulowane zostały koszty obsługi serwisowej i inne koszty wewnętrzne, jak koszt uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp.?

Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie otrzyma od CUBE przedmiotu zamówienia spełniającego wymagania SIWZ i CUBE oferuje Zamawiającemu zrealizowanie zamówienia po cenach nierynkowych, dumpingowych, czym utrudnia innym oferentom dostęp do rynku. Działanie CUBE jest obliczone wyłącznie na uzyskanie przez CUBE przewagi nad konkurencją i zagraża interesom Zamawiającego.

W opinii Odwołującego zachodzi wypadek klasycznego manipulowania przez CUBE ceną zaoferowanego przedmiotu zamówienia jedynie w celu wygrania postępowania.

W takim stanie rzeczy, działania CUBE stanowią czynności zmierzające do wyrządzenia deliktu w postaci opisanej w art. 15 ust. 2 pkt 1 u.z.n.k. a także deliktu z klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. *(„Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta").* Niewątpliwie zaoferowanie nierealnej ceny na potrzeby uzyskania zamówienia prowadzi do naruszenia: (a) interesów pozostałych wykonawców składających oferty na warunkach rynkowych i adekwatnych charakteru przedmiotu zamówienia; (b) interesu Zamawiającego w postaci wybrania oferty, w ramach której nie skalkulowano wszystkich wymagań SIWZ, co zagraża poprawności realizacji przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie „rynkiem" w rozumieniu art. 15 ust. 1 u.z.n.k., do którego odwołuje się art. 15 ust. 2, jest obszar postępowania, które dotyczy konkretnego zamówienia. Wskazał orzecznictwo Izby – wyroki: KIO 2067/13; z 30 maja 2016 r., KIO 817/16; KIO 1292/15; KIO 1844/15; KIO 1240/13; KIO 309/15.

Odwołujący podniósł, że w definicję czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. wpisuje się ponadto wystawienie referencji przez prezesa DTP pana M. G. a potwierdzenie, że Integrated Solutions świadczył usługi serwisu gwarancyjnego od dnia dostawy jest jego własnym zdaniem i nie znajduje odzwierciedlenia w realizowanej przez

Integrated Solutions umowie. Referencja potwierdza coś, co nie odzwierciedla wymagań danego zamówienia publicznego i stanu faktycznego i została wystawiona tylko i wyłącznie na potrzeby tego postępowania, co w świetle powiązań spółek DTP i CUBE.ITG budzi wiele wątpliwości a wręcz jest czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest dyktowane ograniczeniem dostępu QUMAK S.A. do postępowania. Wskazał uchwały Izby: KIO/KD 28/16; z dnia 5 maja 2016 r., KIO/KD 27/16. Uznał, że działania CUBE w ramach postępowania są sprzeczne z prawem, dobrymi obyczajami i zagrażają interesom QUMAK i ZUS. CUBE przedkładając nierzetelne referencie oraz oferując nierealną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia dopuszcza się, zdaniem QUMAK, czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

6. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 i 90 ust. 1 Pzp

Odwołujący powołał argumentację i wnioski dowodowe odnoszące się do wartości ceny oferowanej przez CUBE. W nawiązaniu do argumentacji pkt 5 uzasadnienia odwołania, Odwołujący uznał, że w toku oceny ofert Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku należytego i skrupulatnego badania ofert.

Biorąc pod uwagę kalkulacje przedstawione przez QUMAK S.A. w pkt 5 uzasadnienia odwołania, Zamawiający zapoznając się z ofertami złożonymi w postępowaniu winien zwrócić uwagę na cenę oferty CUBE oraz rozważyć, czy realne i możliwe będzie wykonanie należycie przedmiotu zamówienia w zaoferowanej przez CUBE cenie.
Stosunek ceny za usługi IBM a całkowitej ceny oferty CUBE jest przesłanką determinującą obowiązek Zamawiającego do skierowania do CUBE wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 i art. 90 ust. 1 Pzp, w celu zbadania w jaki sposób CUBE zamierza zrealizować swoje usługi i w jaki sposób doszło do skalkulowania ceny oferty, czy zostały w cenie uwzględnione wszystkie wymagania SIWZ oraz jakie czynniki miały wpływ na taką kalkulację oferty.

Cena oferty QUMAK S.A. jest ofertą o ponad 1 milion złotych wyższą od ceny oferty

CUBE. QUMAK S.A. oświadczył, że skalkulował w swojej ofercie wszystkie wymagania Zamawiającego wraz z minimalnym zyskiem dopuszczanym przez spółkę. Wskazał, że zdziwienie budzi cena oferty CUBE, gdyż nie przewiduje zysku i nie uwzględnia podstawowych części składowych zamówienia, które w takim wypadku musiały zostać skalkulowane na „0". Powołując się na pkt 5 uzasadnienia odwołania, Odwołujący podkreślił, że już taka prosta kalkulacja determinowała konieczność zbadania oferty CUBE pod kątem rażąco niskiej ceny, czego Zamawiający zaniechał. Wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. XIX Ga 128/08.

7. Zarzut naruszenia art. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zamawiający odmówił Odwołującemu wglądu do wyjaśnień składanych przez CUBE w dniu 28.06.2016 r. w pełnym zakresie. W szczególności QUMAK S.A. nie otrzymał do wglądu uzupełnionego wykazu usług wraz z dowodami ich należytej realizacji jak i zobowiązaniami od podmiotów trzecich. Zamawiający odmówił udostępnienia tych dokumentów uwzględniając zastrzeżenie ich jako dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego było to działanie bezprawne, nie znajdujące uzasadnienia w świetle przepisów Pzp, a ponadto zdaniem Odwołującego, CUBE nie udowodnił w wystarczający sposób z jakich powodów dana część oferty zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że postępowanie ZUS w tym zakresie jest niekonsekwentne. Podkreślił, że Wykaz usług CUBE załączony pierwotnie do oferty, został przez Zamawiającego odtajniony bez względu na zastrzeżenie go tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z tym niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający podtrzymał takie utajnienie, czym ograniczył zasadę równości i konkurencyjności w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność. W konsekwencji odstąpienie od niej jest możliwe tylko i wyłącznie wówczas, gdy przepis szczególny tak stanowi. Przepisem takim jest art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym 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 udostępnianie. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 1. Konsekwencją tego, że jawność postępowania jest zasadą, jest także to, że wszystkie wyjątki, w tym określony w art. 8 ust. 3 Pzp, nie mogą być interpretowane rozszerzająco, a muszą być rozumiane ściśle. W związku z tym, że przepisy Pzp nie określają co należy rozumieć przez tajemnicę przedsiębiorstwa odsyłając w tym zakresie do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazał art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy, jak wyżej zauważył, ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu wskazał, że zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych czy cenach jednostkowych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. Wskazał, że zamawiający w każdym przypadku powinien żądać od wykonawcy

wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (tak np. KIO w wyroku z dnia 31.03.2009 r., KIO/UZP 338/09).

W tym przypadku Zamawiający polegał całkowicie na samym oświadczeniu wykonawcy CUBE, że jego wyjaśnienia i wykaz doświadczenia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i zaniechał podjęcia jakichkolwiek czynności wyjaśniających w tym zakresie. Wskazał wyrok Izby z dnia 26 stycznia 2012 r., KIO 100/12.

Odwołujący podniósł, że jedyną podstawą utajnienia wyjaśnień CUBE z dnia 28.06.2016 r. wraz z uzupełnieniem Wykazu usług i pozostałych załączników, jest

utrudnienie konkurencji dostępu do nich. Wskazał, że powszechnie wiadomo, że często faktycznym powodem zastrzeżenia informacji nie jest potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale właśnie dążenie do utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert lub innych dokumentów. Badanie skuteczności zastrzeżenia informacji potwierdzających spełnianie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego (uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05), a nie jest jedynie jego uprawnieniem. W przypadku stwierdzenia, że nie było dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy określonych informacji, zamawiający powinien ujawnić zastrzeżone informacje.

Odwołujący uznał, że wymaga także podkreślenia to, że w każdym przypadku, gdy wykonawca decyduje się zastrzec określone informacje jako poufne, powinien potrafić wykazać zamawiającemu, że zrobił to w sposób uprawniony, to znaczy wyjaśnić, na czym polega wartość handlowa określonych informacji. W przypadku ewentualnego postępowania odwoławczego dotyczącego zasadności utajnienia określonych danych, to właśnie na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje są tego rodzaju, że wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia CUBE z dnia 28.06.2016 r. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają wymogów z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zastrzeżenia ich poufności nie dowodzą, dlaczego dane części oferty - uzupełniony Wykaz usług wraz załącznikami - zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, dokumenty w zakresie doświadczenia nie zawierają takich informacji, które stanowiłyby określoną wartość handlową dla spółki. Wskazał wyroki Izby: z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2784/14 i z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1780/13. Ponadto wskazał, że wyjaśnienia mają charakter wtórny wobec treści oferty wykonawcy, która jest w całości jawna wraz z dotychczasowym Wykazem usług.

W zakresie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części wyjaśnień z dnia 28.06.2016 r. dotyczących posiadanego doświadczenia, Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp CUBE nie udowodnił, że ta część oferty posiada dla niego wartość gospodarczą, jest niedostępna dla podmiotów trzecich i nie wykazał jakie działania podjął

w celu zastrzeżenia jawności doświadczenia. Odwołujący podkreślił, że doświadczenie zdobyte na rynku publicznym, zarówno w Polsce jak i na świecie, nie może zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (wyrok z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. KIO 54/15).

Wniosek dowodowy: ze względu na to, że CUBE zastrzegł jawność swoich wyjaśnień z dnia 28.06.2016 r. wraz z uzupełnionym Wykazem usług, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z oferty i wyjaśnień CUBE z dnia 28.06.2016 r. na okoliczność, że CUBE: 1) nie uzasadnił w wystarczającym stopniu podstaw do zastrzeżenia danej części swojej oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z wymaganiami art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 2) w ramach swojej wiedzy i doświadczenia wskazał zamówienia wykonane dla sektora publicznego inne nie podlegające utajnieniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie przez CUBE wyjaśnień z dnia 28.06.2016 r. wraz z załącznikami było nieuprawnione, a dokumenty te jako niezawierające tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być udostępnione QUMAK S.A.

8. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jest przede wszystkim konsekwencją naruszeń wyżej opisanych. Odwołujący zauważył, że w praktyce tak dowolne i nie oparte na konkretnych opisach SIWZ działania Zamawiającego, stwarza bardzo istotne ryzyko nierównego traktowania wykonawców. Wobec jednych Zamawiający może postępować w sposób bardziej liberalny. Szczególnie, że Zamawiający nawet nie motywował swojej decyzji w sposób umożliwiający rzeczywistą obronę Odwołującego.

Zdaniem QUMAK S.A., Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął treść zawartą w ofercie, wyjaśnieniach i uzupełnieniu Wykazu usług CUBE, podczas gdy podmiot ten zaoferował Zamawiającemu nierealną cenę, jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a sam wykonawca powinien zostać wykluczony ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji oraz brak wykazania dysponowania odpowiednim doświadczeniem i wiedzą. *„Wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, jest dopełnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania*

wykonawców" (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. UZP/ZO/0-49/06).

Wskutek naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych i nie odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu z mocy prawa, interes *prawny* spółki QUMAK S.A. doznał uszczerbku.

Odwołujący stwierdził, że odwołanie należy uznać za uzasadnione.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 września 2016 r., wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego. Ponadto wniósł o oddalenie

wniosku dowodowego dotyczącego dowodu z opinii biegłego na okoliczność realności ceny zaoferowanej przez CUBE za wykonanie przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy producent wszystkim oferentom zaoferował taką samą cenę za usługi serwisowe, a ponadto CUBE musi uwzględnić m.in. udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w sytuacji, gdy sam nie dysponuje wymaganymi referencjami oraz koszty wymaganych zabezpieczeń należytego wykonania przyszłej umowy.

Zamawiający wskazał swoje stanowisko następująco: dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na podaną przez Odwołującego w uzasadnieniu wniosku dowodowego okoliczność ustalenia, że cena CUBE jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia prowadziłoby wyłącznie do zbędnego przedłużenia postępowania odwoławczego. Ustalenie stanu faktycznego w tym zakresie nie wymaga wiadomości specjalnych i może być dokonane przez Krajową izbę Odwoławczą w oparciu o pozostałe dowody i dostępne w sprawie informacje, zawarte m.in. w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także w pismach składanych w sprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego.

Ponadto stwierdził, że fakty będące przedmiotem wniosku dowodowego Odwołującego dotyczącego przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego mogą być potwierdzone innymi dowodami, a wnioski te zostały sformułowane i powołane przez Odwołującego jedynie dla zwłoki. W związku z tym wnioskowane dowody nie powinny zostać przez Krajową Izbę Odwoławczą dopuszczone.

Odnosząc się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający uznał, że żaden z zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty CUBE jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, ze względu na nieposiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia i złożenie nieprawdziwych informacji, co do przedłożonych referencji

Zarzuty zasługują na oddalenie w całości. Zdaniem Zamawiającego nie nastąpiły żadne okoliczności, które uprawniałyby do odrzucenia oferty CUBE.

Odwołujący, formułując zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty CUBE jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz złożonej przez wykonawcę podlegającego ze na nieposiadanie wiedzy wykluczeniu względu wymaganej i doświadczenia i złożenie nieprawdziwych informacji, co do przedłożonych referencji, odnosi te zarzuty do usługi wykonywanej przez Integrated Solutions Sp. z o.o. na rzecz Data Techno Park Sp. z o.o. oznaczonej nr 2 w wykazie usług pierwotnie załączonym do oferty CUBE.

Na stronie 11 odwołania jednoznacznie wskazuje, że *„Istotnym jest również to,* że *Zamawiający sam doszedł do tego samego wniosku w dniu 05.07.2016 r.,* że *nie uznaje doświadczenia i referencji wystawionej przez DTP, jako spełniającej wymagania postawione, co do udziału w Postępowaniu".* Okoliczność ta jest zatem okolicznością niesporną pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym i jako taka nie wymaga dalszego dowodzenia. Tymczasem znaczna część uzasadnienia odwołania odnosi się do prowadzonej przez Odwołującego analizy usługi wykonywanej przez Integrated Solutions Sp. z o.o. na rzecz Data Techno Park Sp. z o.o., oznaczonej nr 2 w wykazie usług pierwotnie załączonym do oferty CUBE oraz referencji dotyczącej tej usługi.

Zamawiający nie podzielił poglądu Odwołującego, że wskazanie tej usługi w wykazie oraz przedstawienie referencji potwierdzającej należyte jej wykonanie, powinno stanowić

podstawę wykluczenia CUBE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, co do przedkładanych referencji, jak również, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez CUBE jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Przyjęcie argumentacji Odwołującego oznaczałoby w praktyce, że każdorazowo niedostateczne wykazanie przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, zakwestionowane przez Zamawiającego w toku badania ofert, powinno kończyć się wykluczeniem tych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co niweczyłoby w praktyce możliwość wykorzystania przez Zamawiających regulacji określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przyjęcie punktu widzenia prezentowanego przez Odwołującego prowadziłoby do absurdalnych wniosków, stojących w sprzeczności z celem i funkcją regulacji wynikającej z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Istota przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest obszernie wyjaśniona w doktrynie i orzecznictwie – wyroki KIO: z 7 kwietnia 2014 r., KIO 552/14; z 23 października 2012 r., KIO 2196/12; z 12 kwietnia 2012 r., KIO 590/12, KIO 600/12; z 26 marca 2012 r., KIO 491/12; z 22 lutego 2012 r., KIO 267/12; z 29 grudnia 2011 r., KIO 2698/11; z 8 września 2010 r., KIO/UZP 1820/10; z 19 maja 2009 r., KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09, KIO/UZP 605/09; z 20 marca 2009 r., KIO/UZP 278/09). Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08; wyrok KIO z 5 lutego 2013 r., KIO 138/13 – na podstawie: Aneta Bazan, Józef Edmund Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz.

Odnośnie usługi (nr 2 w wykazie) wykonywanej na rzecz Data Techno Park Sp. z o.o. Zamawiający pismem z 20.06.2016 r. znak 993200/271/IN-438/16 zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie usługi potwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Z listu referencyjnego załączonego do oferty wynika, że firma Data Techno Park Sp. z o.o. potwierdza, że firma Integrated Solutions Sp. z o.o. wykonała w okresie od 02.02.2015 r. do 27.07.2015 r. dostawę wraz z pracami instalacyjnymi infrastruktury sprzętowo-programowej opartej o osiem serwerów IBM Power 8 wraz z oprogramowaniem AIX, PowerHA oraz PowerVM wraz z macierzami IBM Storwize V7000. W tej samej referencji wskazano, że od dnia 24.04.2015 r. firma Integrated Solutions Sp. z o.o. świadczy serwis i wsparcie na ww. infrastrukturę sprzętowo-programową.

W związku z tym, że zgodnie z referencją dostawa i instalacja sprzętu zakończyły się 27.07.2015 r. a usługa serwisu i wsparcia rozpoczęła się przed datą zakończenia dostawy i instalacji, tj. od dnia 24.04.2015 r., Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnienia w zakresie przywołanych terminów, czy świadczenie usług serwisu mogło się rozpocząć przed terminem zakończenia dostawy i instalacji, tj. przed 27.07.2015 r. Jeśli opieka serwisowa rozpoczęła się wcześniej, to poprosił o wyjaśnienie i wskazanie daty jej rozpoczęcia.

W ocenie Zamawiającego trudno uznać złożenie referencji o ww. treści jako objaw działania wykonawcy CUBE w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w sposób zamierzony, tj. z winy umyślnej. Także Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, nie wykazał skutecznie w treści odwołania, że wykonawca CUBE działał z umyślnym zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a przedstawione przez Odwołującego argumenty należałoby oceniać w kategoriach nie twardych dowodów, a ewentualnie poszlak lub pomówień.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (z 20.06.2016 r. znak 993200/271/1N-438/16) wykonawca CUBE 28.06.2016 r. złożył stosowne wyjaśnienia i dokonał samouzupełnienia wykazu usług zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z wyjaśnieniami wykonawcy CUBE Zamawiający (pismem z 05.07.2016 r. znak 993200/271/IN-471/16) uznał, że wskazana w ofercie w wykazie usług w poz. 2 *„Usługa polegająca m.in. na opiece serwisowej dla macierzy Storwize przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy”* realizowana na rzecz Data Techno Park Sp. z o.o., zgodnie z załączonym do oferty listem referencyjnym, nie potwierdza świadczenia usługi przez okres minimum 12 kolejnych miesięcy.

W zakresie przekazania wykazu wykonanych usług oraz dowodu na należyte wykonanie usług, dokumentu użyczenia wiedzy i doświadczenia wraz ze stosownym wydrukiem z KRS, Zmawiający poinformował (to samo pismo z 20.06.2016 r. znak

993200/271/IN-43S/16), wykonawcę CUBE, że przekazanie ww. dokumentów jest traktowane jako uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego możliwości wykazu dotyczące samouzupełnienia wykonanych usług przez wykonawcę CUBE znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, teza taka zawarta jest m.in. w orzeczeniach KIO 2723/10, KIO

1654/11. Zamawiający zwrócił uwagę na skutki jakie, zdaniem KIO, wywołuje „samouzupełnienie" dokumentów – KIO 1834/11; KIO 1837/11; KIO 1841/11; KIO 1853/11; KIO 1854/11; KIO 1855/11.

W konsekwencji dokonanego przez CUBE samouzupełnienia wykazu usług w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający uznał, że usługa wymieniona w pkt 2 tabeli (str. 8 wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) dotycząca wskazanej tam Spółki z o.o. wraz z poświadczeniem (zawartym na str. 10 objętych tajemnicą przedsiębiorstwa), potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7, art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty CUBE jako oferty zawierającej rażąco niska cenę

Zarzut zasługuje na oddalenie w całości. W ramach badania rynku Zamawiający zwracał się do potencjalnych wykonawców o przedstawienie szacunkowej wartości zamówienia dotyczącej przedmiotu postępowania. Zamawiający na podstawie wysłanych w dniu 29.10.2015 r. zapytań cenowych otrzymał 5 szacunkowych kalkulacji opieki serwisowej: 1) Matic Sp. z o.o.: 5 999 713,33 netto; 7 379 647,39 brutto; 2) Cloudware Polska Sp. z o.o.: 5 199 713,33; netto; 6 395 647,39 brutto; 3) Andra Sp. z o.o. Systemy Informatyczne: 5 199 713,33 netto; 6 395 647,39 brutto; 4) COMPAREX Poland Sp. z o.o.: 4 900 000,00; netto; 6 027 000,00 brutto; 5) Advatech Sp. z o.o.: 5 199 713,33 netto; 6 395 647,39 brutto.

Na podstawie wskazanego szacowania, Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na poziomie 5 299 770,66 zł netto, natomiast kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 6 518 717,91 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyły firmy: 1) oferta nr 1 złożona przez firmę CUBE.ITG S.A., cena brutto oferty: 6 081 004,38 zł; 2) oferta nr 2 złożona przez firmę QUMAK S.A., cena brutto oferty: 7 025 509,08 zł.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający uznał, że nie ma konieczności ustalania zgodnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czy oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ: 1) oferta nr 1 złożona przez firmę CUBE.ITG S.A., cena brutto oferty stanowi 93,28% kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia; 2) oferta nr 2 złożona przez firmę QUMAK S.A., cena brutto oferty przekracza kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia o 506 791,17 zł.

Mając na względzie okoliczność, że cena brutto oferty Odwołującego przekracza kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, Zamawiający wskazał, że

Odwołujący nie wykazał skutecznie materialnoprawnej przesłanki do wniesienia odwołania dotyczącej interesu w uzyskaniu zamówienia.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że zwracał się także do Odwołującego z prośbą o przedstawienie oferty cenowej za serwis sprzętu i oprogramowania. Ze względu na późny termin odpowiedzi szacowanie przedstawione przez Odwołującego nie zostało ujęte w kalkulacji (we wniosku o przeprowadzenie postępowania).

Pomimo to, że wycena nie została ujęta w szacowaniu, wynika z niej, że Odwołujący oszacował (w grudniu) wartość zamówienia na 5 199 713 PIN netto, natomiast ofertę złożył (w maju) na kwotę 7 025 509,08 PLN brutto (tj. 5 711 796 PLN netto). Oznacza to, że cena oferty QUMAK na etapie szacowania wartości – tj. przed wszczęciem postępowania – nie odbiegała (a nawet była taka sama jak w poz. 2, 3 i 5 przyjętej przez Zamawiającego kalkulacji) od wskazanych w szacowaniu cen przyjętych we wniosku. Dowód: szacowanie wartości Zamawiającego oraz e-mail wykonawcy QUMAK zawierający ofertę cenową.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający nie znalazł przesłanek, aby traktować ofertę złożoną przez wykonawcę CUBE jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego dotyczącego okoliczności, że wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowania dostali tą samą ofertę i wycenę od firmy IBM oraz oświadczenia, że Odwołujący otrzymał potwierdzenie od IBM o tych samych cenach dla wykonawców, Zamawiający oświadczył, że nie ma wiedzy w tym zakresie. Zamawiający rezygnując ze zbadania oferty CUBE pod kątem rażąco niskiej ceny i jej nierealnego poziomu w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia, opierał się o przeprowadzone przez Zamawiającego z należytą starannością określenie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, co odbyło się w oderwaniu od badania zasad polityki sprzedażowej firmy IBM.

Zamawiający stwierdził, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia: art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 4; art. 26 ust. 4 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego odnośnie do zarzutu bezpodstawnego zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień CUBE

Zarzut zasługuje na oddalenie w całości. Wykonawca CUBE w złożonej ofercie zastrzegł część dokumentów (od strony 43 do strony 68). Pismem z 25.05.2016 r. znak 993200/271/IN-376/16 Zamawiający dokonał odtajnienia oferty w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartej na stronach od 43 do 68, tj. w zakresie: 1) strony 43 oferty, na której zawarta jest informacja o załącznikach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa; 2) wyjaśnień o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 44-46 oferty); 3) wykazu wykonanych usług (Załącznik nr 11 do oferty str. 47-48); 4) listu referencyjnego (Załącznik nr 12 do oferty str. 49-50); 5) dokumentu użyczenia wiedzy i doświadczenia

(Załącznik nr 13 do oferty str. 51- 60); 6) dokumentu użyczenia wiedzy i doświadczenia (Załącznik nr 13 do oferty str. 61- 68).

Zgodnie z Rozdz. IV Dział II ust. 3 SIWZ, Zamawiający ocenił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jego uzasadnienie zawarte w ofercie na str. 44-46 i uznał, że wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone w ofercie informacje i dokumenty zawarte na str. 43-68 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyjaśnienia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawierają informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy składającego ofertę, takich jak np. wartość gospodarcza/handlowa określonych informacji, czy też nie zawierają informacji, które są niepowtarzalne lub mogłyby stanowić know-how przedsiębiorstwa, nie zawierają również żadnych danych technicznych/technologicznych, a jedynie przywołują przepisy prawa i wskazują ogólnie na zaistnienie okoliczności uzasadniających utajnienie części oferty.

W świetle powyższego oraz licznego orzecznictwa KIO (KIO 1016/12), Zamawiający uznał, że zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty, dotyczącej ww. dokumentów za bezskuteczne i traktuje jako jawne w zakresie nieskutecznie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Na powyższą czynność wykonawca CUBE nie wniósł odwołania, a oferta, zgodnie z pisemnym wnioskiem została udostępniona drogą elektroniczną w całości wykonawcy QUMAK S.A. 09.06.2016 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (z 20.06.2016 r, znak 993200/271/IN-438/16) wykonawca CUBE w dniu 28.06.2016 r. złożył stosowne wyjaśnienia i dokonał samouzupełnienia wykazu usług zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie powyższych wyjaśnień oraz uzupełnienia złożonych przez wykonawcę CUBE objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający (pismem z 18.07.2016 r. znak 993200/271/IN-483/16) dokonał częściowego odtajnienia pisma wykonawcy CUBE w zakresie: 1) odtajnienia w całości str. 2 pisma informującego o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa; 2) odtajnienia w całości str. 3 pisma stanowiącego spis treści (wykaz załączników); 3) odtajnienia w całości str. 4 pisma stanowiącego załącznik nr 1 do pisma tj. „Dalsza część wyjaśnień"; 4) odtajnienia w całości str. 5 i częściowym odtajnieniu str. 6, 7 stanowiących załącznik nr 2 do pisma tj. „Wyjaśnienia podstaw do zastrzeżenia dalszej części niniejszych wyjaśnień".

Wyżej wymienione dokumenty nie zawierają informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy składającego ofertę, a jedynie zawierają informację o uzupełnieniu dokumentów i ich zastrzeżeniu tajemnicą przedsiębiorstwa oraz przywołują przepisy prawa i wskazują ogólnie na zaistnienie okoliczności uzasadniających utajnienie części pisma, tj. części

wykazu wykonanych usług wraz z poświadczeniem i dokumentem użyczenia wiedzy i doświadczenia (str. 8-22 pisma).

21

Na powyższą czynność wykonawca CUBE nie wniósł odwołania, a pismo wykonawcy, zgodnie z pisemnym wnioskiem zostało udostępnione w części jawnej wykonawcy QUMAK S.A. 30.08.2016 r.

W pozostałym zakresie Zamawiający uznał, że zastrzeżone przez CUBE informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie podlegają odtajnieniu.

Stanowisko Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 odnośnie do art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podejmując decyzję o nieodtajnieniu części informacji zawartych w złożonych przez wykonawcę CUBE w dniu 28.06.2016 r. wyjaśnieniach i wykazu usług, przez CUBE jako tajemnica samouzupełnieniu zastrzeżonych przedsiębiorstwa, brał pod uwagę przywołane powyżej przesłanki uznania informacji za mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający stwierdził, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia: art. 7, art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, Zamawiający wskazał, że prowadząc postępowanie dochował należytej staranności przy realizacji wszystkich czynności w postępowaniu, także w zakresie badania i oceny ofert Odwołującego oraz wykonawcy CUBE. Nie doszło więc do naruszenia: art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Załączniki do odpowiedzi na odwołanie: dowód szacowania wartości zamówienia przez zamawiającego oraz e-mail wykonawcy QUMAK zawierający ofertę cenową.

Wykonawca CUBE.ITG S.A. – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – w piśmie procesowym z dnia 13 września 2016 r., wskazał:

I. Brak interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w świetle art. 179 ust. 1 ustawy.

Cena oferty Odwołującego (7.025.509,08 zł) w przeciwieństwie do ceny oferty Przystępującego (6.081.004,38 zł) przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (6.518.717,91 zł brutto). Znaczna różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia powoduje, że Zamawiający nie zwiększy środków do kwoty oferty Odwołującego. Z tego względu Przystępujący stwierdził, że Odwołujący nawet w przypadku uwzględnienia odwołania nie ma możliwości uzyskania zamówienia. W tej sytuacji materializuje się przesłanka braku interesu w uzyskaniu zamówienia, wskazał wyrok sygn. akt KIO 1594/12 oraz z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1025/13 w postępowaniu, którego stroną był m.in. Odwołujący.

22

Przystępujący uznał, że Odwołujący nie legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, a w związku z tym odwołanie powinno zostać oddalone bez merytorycznego rozpoznania.

II. Zarzut zaniechania wykluczenia CUBE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp

1) Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji

Zarzut oparty tylko i wyłącznie na treści referencji wystawionej przez DTP, wskazującej z jednej strony, że realizacja usługi została zakończona w lipcu 2015 r., a jednocześnie, że rozpoczęcie serwisu nastąpiło 24 kwietnia 2015 r. Na tej podstawie oraz z treści publicznie dostępnego wzoru umowy, że termin rozpoczęcia gwarancji rozpoczyna się wraz z podpisaniem protokołu odbioru końcowego umowy wywiedziono, że nie jest możliwe, aby świadczenie usług serwisu gwarancyjnego rozpoczęło się przed lipcem 2015 r. Odwołujący zarzucił też nieprawdę Przystępującemu, że przedmiot umowy był realizowany etapami, od których biegły terminy realizacji poszczególnych świadczeń wykonawcy.

Przystępujący wskazał, że o ile z pobieżnej lektury wzoru umowy być może dałoby się wywieść takie wnioski, to w rzeczywistości jest inaczej. Przede wszystkim Odwołujący –

zapewne celowo – odniósł się wyłącznie do wzoru umowy, a dodatkowo zacytował jedynie wybrane postanowienia umowy dotyczącej spornej usługi. Abstrahuje m.in. od faktu, że o ile sama treść głównej części umowy wprost nie odnosi się do realizacji prac w ramach etapów, to zarówno słownik pojęć w umowie w definicjach „Produktu" oraz „Protokołu odbioru etapu" odnosi się do istnienia etapów prac. Załącznik nr 7 do umowy „Procedura odbioru sprzętu oraz wdrożeń oprogramowania" wyróżnia w ramach procedury odbiorowej jej trzy poziomy: Odbiór Produktów, Odbiór etapu oraz Odbiór końcowy. Zgodnie z brzmieniem ust. 1 sekcji II Odbiór Etapów: „1. Odbiory etapów dokonywane są w terminach wskazanych w Harmonogramie wdrożenia". Harmonogram wdrożenia natomiast w świetle § 5 ust. 6 wzoru umowy jest integralną częścią umowy. Analizując treść powołanego Załącznika 7, Przystępujący zwrócił uwagę na treść ust. 4 Sekcji II Odbiór Etapu: „4. Wykonawca przystępując do Odbioru etapu musi przedstawić: 1) Raport z przeprowadzonych testów funkcjonalnych, przyjęty przez Zamawiającego bez zastrzeżeń (jeżeli były wykonywane w ramach Odbioru etapu), 2) Komplet Dokumentacji użytkowej, (jeżeli nie był dostarczony w ramach Odbioru produktu), 3) Wszystkie Protokoły odbiorów produktu wymagane w ramach Odbioru etapu, 4) Gwarancje na Produkty wykonane i dostarczone w trakcie trwania odbieranego etapu, 5) Licencje na Produkty wykonane i dostarczone w trakcie trwania odbieranego etapu, 6) W przypadku odbioru prac związanych z budową pasywnej infrastruktury sieciowej Wykonawca będzie zobowiązany do: a) dostarczenia protokołu z wykonanych pomiarów wg kategorii, b) dostarczenia dokumentacji powykonawczej

w zakresie infrastruktury sieciowej, c) dostarczenia certyfikatu jednolitej gwarancji systemowej producenta okablowania na okres 25 lat".

Treść załącznika wskazuje, że warunkiem odbioru Etapu prac, a w konsekwencji zapłaty kolejnej transzy wynagrodzenia, było m.in. udzielenie gwarancji w zakresie produktów dostarczonych w ramach trwania poszczególnych etapów. Koresponduje to również z treścią § 15 ust. 13 pkt 1 umowy obligującego wykonawcę do dostarczenia systemu zgłaszania i przyjmowania uwag i wad już 30 dni po zawarciu umowy. Jeśli zatem wziąć pod uwagę powyższe okoliczności, należy dojść do wniosku, że wbrew literalnej treści § 15 ust. 3 umowy świadczenie usług gwarancyjnych mogło, a nawet powinno rozpocząć się jeszcze przed podpisaniem protokołu odbioru końcowego. Do dnia 24 kwietnia 2015 r. zostały odebrane dwa spośród czterech etapów umowy, co oznacza, że w rzeczywistości świadczenie usług gwarancyjnych rozpoczęło się nawet wcześniej, niż wskazuje to treść referencji, bo od dnia 27 marca 2015 r., czyli daty odbioru pierwszego etapu. Tak też, według informacji uzyskanych przez Przystępującego kwestię tę zinterpretowały strony umowy, czego dowodem jest treść oświadczenia otrzymanego od Integrated Solutions Sp. z o.o. Dowód: -oświadczenie przedstawiciela Integrated Solutions Sp. z o.o. w zakresie faktu wcześniejszego świadczenia usług serwisowych.

Z ogólnodostępnych informacji dotyczących gwarancji na produkty IBM wynika, że gwarancja, w tym na macierz Storwize, obowiązuje już po upływie kilku dni od daty wysłania urządzenia klientowi przez producenta. Dowód: -oświadczenie przedstawiciela firmy IBM Poland Sp. z o.o. dotyczące terminu rozpoczęcia usług gwarancyjnych produktów IBM.

Względy te przemawiają za tym, że treść wystawionej przez DTP referencji nie zawiera nieprawdziwej informacji, gdyż w rzeczywistości świadczenie usług gwarancyjnych w ramach tej umowy rozpoczęło się jeszcze przed podpisaniem protokołu odbioru końcowego, co potwierdziły strony tej umowy. Przystępujący w sytuacji, w której otrzymał od Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień wiedział, że sama treść referencji budzi wątpliwości. Być może w tej sytuacji wyjaśnienia Przystępującego były zbyt mało szczegółowe, z uwagi na rozpoczynający się sezon urlopowy pojawiły się problemy z uzyskaniem szczegółowych wyjaśnień od przedstawicieli stron umowy. Dlatego z ostrożności procesowej oprócz wyjaśnień, Przystępujący uzupełnił wykaz usług o dodatkową usługę, która miała bez żadnych wątpliwości potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji uzyskania informacji na temat nieuznania przez Zamawiającego przedmiotowej usługi, Przystępujący mógł oczywiście potencjalnie kwestionować ten fakt, jednakże z uwagi na to, że w tym samym piśmie uzyskał potwierdzenie uznania przez Zamawiającego drugiej z przedstawionych usług, brak było podstaw do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Obowiązkiem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazanie spełniania warunków

udziału w postępowaniu przez przedłożenie dokumentów i informacji zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Chcąc dołożyć należytej staranności przy wypełnianiu tego obowiązku, Przystępujący uzupełnił wykaz usług w sposób odpowiedni dla wykazania spełniania tego warunku. Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie informacji wynikających z przedłożonych dokumentów. Skoro Przystępujący otrzymał informacje od Zamawiającego co do braku jednoznacznego potwierdzenia spełniania warunku na podstawie przedłożonych dokumentów – dokonał uzupełnienia celem jednoznacznego wykazania Zamawiającemu, że warunek udziału w postępowaniu spełnia.

Zdaniem Odwołującego na zamiar wprowadzenia w błąd Zamawiającego wskazuje fakt, że Przystępujący jest podmiotem z tej samej grupy kapitałowej co odbiorca usługi (DTP). Konkluzja taka nie jest prawdziwa. Po pierwsze, fakt funkcjonowania obu Spółek w grupie kapitałowej w żaden sposób nie niweczy tego, że są to nadal dwa odrębne podmioty, prowadzące zupełnie odrębne działania biznesowe, posługujące się niezależnymi zespołami zarówno w obszarze działań handlowych, jak i realizacyjnych. Nie jest więc tak, jak sugeruje Odwołujący, że sam fakt przynależności do tej samej grupy kapitałowej determinuje posiadanie pełnej wiedzy na temat wszystkich okoliczności związanej z prowadzoną działalnością gospodarczą przez inną spółkę z grupy. Jeśli więc Przystępujący otrzymał informację potwierdzającą wykonanie określonych usług i to przez Spółkę z grupy kapitałowej, to po pierwsze, nie oznacza to, że miał też automatyczny dostęp do wszystkich szczegółowych informacji dotyczących konkretnego projektu, a po drugie, wobec jednoznacznej treści referencji, nie miał powodów do tego, aby ją kwestionować. Stąd też w żadnym wypadku nie może być mowy o umyślności w działaniu Przystępującego, nawet wtedy, gdyby informacje zawarte w referencji nie były rzetelne. Również wbrew twierdzeniom Odwołującego na temat „wystawienia sobie przez CUBE referencji" oraz wątpliwości, co do rzetelności referencji Przystępujący wskazał, że referencja wystawiona została podmiotowi trzeciemu nie powiązanemu kapitałowo z Przystępującym, ani wystawcą referencji. Trudno więc zakładać, aby działając w swoim interesie podmiot ten, jako profesjonalista na rynku chciał dobrowolnie uczestniczyć w działaniach zmierzających do celowego poświadczenia nieprawdy, skoro sam był stroną umowy z DTP. W tej sytuacji biorąc dodatkowo pod uwagę, że Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na to, że działania Przystępującego noszą znamiona celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, należy dojść do wniosku, że wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie tego, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, byłoby zupełnie pozbawione podstaw. Tak też sytuację tę ocenił Zamawiający, który nawet w sytuacji uznania, że przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie dopatrzył się

w działaniu Przystępującego podstaw do skorzystania z dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Istotne jest również i to, że w sytuacji, w której Przystępujący mógł wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu za pomocą innego dokumentu (co też uczynił) - Przystępujący nie miał powodu by wprowadzać Zamawiającego w błąd. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdzie informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wpływu na wynik postępowania nie ma, gdy wykonawca nadal spełni warunek udziału w postępowaniu, pomimo że wyeliminuje się dane nieprawdziwe np. dodatkowe doświadczenie ponad postawiony warunek (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11, podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29.04.2010 r. XIX Ga 162/10).

Przystępujący zwrócił uwagę na stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 31 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2765/12) i z dnia 8 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2817/12.

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji bywa dość często nadużywany w odwołaniach, jednakże zarówno orzecznictwo KIO, jak również wyroki sądów okręgowych korygują prezentowany przez Odwołujących sposób interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Informacji takich słusznie nie dopatrzył się Zamawiający, ani nie wykazał ich Odwołujący, co wyklucza możliwość uznania wniesionego odwołania za zasadne. Wskazał na stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2812/11.

2) Zarzut braku wymaganego doświadczenia przez Przystępującego

Zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na brak posiadanego doświadczenia, Przystępujący uznał za kuriozalny. Po pierwsze, Odwołujący złożył wniosek dowodowy, w którym z uwagi na brak dostępu do niejawnej części oferty CUBE.ITG oczekuje od Izby dokonania w jego imieniu badania doświadczenia przedstawionego przez Przystępującego. Izba nie jest organem, który miałby w toku postępowania weryfikować dokumentację w celu znajdowania błędów w ofertach wykonawców. Jeśli Odwołujący kwestionuje dokonaną przez Zamawiającego ocenę powinien wskazać na konkretne jego uchybienie, natomiast z całą pewnością nie powinna robić tego za niego Krajowa Izba Odwoławcza. W tym kontekście wskazał wyrok z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 589/13.

Dalsza część uzasadnienia tego zarzutu wskazuje natomiast, że niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący doszukuje się w fakcie potencjalnego braku zobowiązania do udziału w realizacji przedmiotu zamówienia przez podmioty udostępniające Przystępującemu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Wywodzi przy tym, że

niewykonywanie przedmiotu zamówienia jako podwykonawca uniemożliwia rzekomo realne przekazanie wiedzy i doświadczenia. Zarzut ten w żaden sposób nie może się ostać. Pomijając już ponownie brak możliwości udowodnienia tych okoliczności przez Odwołującego, Przystępujący zauważył, że sama możliwość korzystania z zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez podmioty niebędące podwykonawcami wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO oraz sądów okręgowych (wyroki KIO: z 9 października 2013 r., sygn. akt KIO 2292/13; z 26 września 2013 r., sygn. akt KIO 2182/13). Również Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11; (wyroki KIO: z 25 kwietnia 2014 r., KIO 715/14, z 9 października 2013 r., KIO 2292/13 Wyrok KIO z 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 160/12.

W tej sytuacji, zarzut Odwołującego nie tylko nie znajduje oparcia w przedstawionym przez niego materiale dowodowym, ale też nie ma uzasadnienia w faktycznym stanie sprawy i aktualnym orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty CUBE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W odniesieniu do zarzutów odnoszących się do ceny oferty, Przystępujący wskazał, że można je sprowadzić do kwestii tego, że w ocenie Odwołującego nie jest możliwe wykonanie usługi w cenie zaoferowanej przy uwzględnieniu wszystkich dodatkowych kosztów wiążących się z realizacją usługi (koszty obsługi finansowej, wynagrodzenia podmiotów użyczających zasoby, obsługi serwisowej i inne koszty wewnętrzne). Twierdzenie Odwołującego i wszystkie dalej idące wnioski oparte są na założeniu, że WSZYSCY uczestnicy postępowania dostali tą samą ofertę i wycenę od IBM, na co QUMAK otrzymał potwierdzenie od producenta (IBM).

Przystępujący wskazał, że zarzut jest chybiony. Po pierwsze, według najlepszej wiedzy Przystępującego, twierdzenie Odwołującego o uzyskaniu od firmy IBM potwierdzenia zaoferowania Przystępującemu tej samej ceny co Odwołującemu jest NIEPRAWDZIWE, gdyż nie przedłożono na tę okoliczność jakiegokolwiek dowodu, a poza tym w świetle informacji zawartej w odwołaniu na temat ceny uzyskanej przez QUMAK S.A. od IBM, producent oficjalnie nie mógłby złożyć takiego oświadczenia, gdyż cena oferty od IBM dla CUBE jest inna niż zaoferowana QUMAK S.A. Wydaje się to oczywiste nawet w kontekście analizy jawnej części oferty obu wykonawców ubiegających się o zamówienie, gdyż zakres świadczeń zaoferowany przez każdego z nich jest różny. Odwołujący nie zwrócił uwagi na to, że w przeciwieństwie do jego oferty, Przystępujący w kryterium: „Cykliczny termin wykonywania przeglądów systemów i konfiguracji oraz analizy oprogramowania wbudowanego i systemowego” otrzymał 0 pkt, co oznacza, że w odróżnieniu od Odwołującego zaoferował 6-miesięczny, a nie 3-miesięczny cykliczny termin wykonywania

przeglądów systemów i konfiguracji oraz analizy oprogramowania wbudowanego i systemowego. Koszt świadczenia przeglądów w cyklu 6-miesięcznym musi być i (według informacji o cenie oferty IBM zaoferowanej przez IBM Odwołującemu) jest niższy niż koszt tych usług w cyklu 3-miesięcznym. Z uwagi na to, że informacje dotyczące cen są jednymi z najbardziej wrażliwych informacji przedsiębiorstwa Przystępujący przedstawił w załączeniu wskazany dowód, który został przekazany wyłącznie Izbie oraz Zamawiającemu, gdyż stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego w świetle definicji zawartej w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dowód: -informacja na temat elementów ceny oferty Przystępującego (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA).

Mając na względzie powyższe, w szczególności to, że cały zarzut został oparty na fałszywiej przesłance logicznej, szczegółowe odnoszenie się do poszczególnych zarzutów (rażąco niska cena, czyn nieuczciwej konkurencji), w ocenie Przystępującego, było pozbawione podstaw. Przystępujący jednocześnie zadeklarował, że część wynagrodzenia pozostająca po opłaceniu serwisu IBM jest wielokrotnie wyższa niż hipotetycznie założona przez Odwołującego i jest to w jego ocenie kwota wystarczająca nie tylko na pokrycie wszystkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu umowy, ale też do zapewnienia marży z tego Projektu. W tym stanie rzeczy i w tej części, zarzuty odwołania należało uznać za bezzasadne.

IV. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 i 90 ust. 1 ustawy Pzp

Podniesiony w części IV odwołania zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia i jest nieadekwatny zarówno w stosunku do okoliczności zaistniałego stanu faktycznego, jak i podnoszonej przez Odwołującego argumentacji. Odwołujący – stawiając Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 i 90 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony powiela argumentację, która odnosi się do rzekomego złożenia przez Przystępującego oferty, która miałaby zawierać cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś myli instrumenty prawne pozostające w dyspozycji Zamawiającego. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień części składowych zaoferowanej Zamawiającemu ceny, w sytuacji gdy wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Ustosunkowując się do zarzutu, Przystępujący w pierwszej kolejności zauważył, że nie może on zostać uwzględniony, ponieważ uwzględnienie musiałoby skutkować nakazaniem Zamawiającemu dokonania czynności w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi podstawę wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy

Pzp, zatem do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Treść przepisu wskazuje jakich wyjaśnień może żądać Zamawiający. Nie znajduje on zastosowania w przypadku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Podstawę wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących składników cenotwórczych oferty w celu ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie nosi znamion rażąco niskiej, stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem Zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących składników cenotwórczych oferty, jeżeli jej cena jest niższa o 30 % od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej pozostałych złożonych ofert. W okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego nie doszło do zmaterializowania się tej przesłanki, po stronie Zamawiającego nie wystąpił obowiązek wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie miał również podstaw by – niezależnie od przesłanek wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – domniemywać, że cena może nosić znamiona rażąco niskiej, bowiem różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia jest mniejsza niż 10%. Przystępujący wskazał, że cena oferty Odwołującego w przeciwieństwie do ceny oferty Przystępującego, przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (6 518 717,91 zł brutto).

Wskazał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w opinii: „Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy

Prawo zamówień publicznych.”

Zamawiający nie miał i nie mógł mieć uzasadnionych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę, co jednoznacznie czyni zarzut Odwołującego bezpodstawnym i niezasługującym na uwzględnienie. W sytuacji, w której Zamawiający nie miał wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie ponieważ była ona adekwatna do ustalonej przez niego wartości, a jednocześnie nie wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 90 ust. 1 – zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny należy uznać za całkowicie nieuzasadniony. W ocenie Przystępującego, Zamawiający dokonał analizy całokształtu przesłanek, w tym zaoferowanego przez Przystępującego 6-miesięcznego cyklicznego terminu wykonywania przeglądów systemów i konfiguracji oraz analizy oprogramowania wbudowanego i systemowego. Ustalona przez Zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia musiała bowiem uwzględniać maksymalne warunki kosztowe realizacji zadania, a zatem przeglądy w cyklach 3-miesięcznych. W sytuacji zaoferowania przez Przystępującego dłuższych cykli przeglądów – spadek kosztów był oczywisty, zaś jego przedział (poniżej 10% - dokładnie 6,71 %) nie mógł budzić

wątpliwości Zamawiającego. W tej sytuacji wezwanie Przystępującego do wyjaśnień stanowiłoby nadużycie uprawnienia, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

V. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Przystępujący zauważył, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – w piśmie z dnia 28 czerwca 2016 r. w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wykazał przesłanki, z których wynika, że prawidłowo zakwalifikował informacje wskazane w uzupełnionym wykazie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzupełnionych dokumentach zamieszczono informacje dotyczące usług zrealizowanych na rzecz podmiotu komercyjnego przez podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby. Nie jest zatem prawdą jakoby Zamawiający polegał jedynie na oświadczeniu Przystępującego co do objęcia wskazanych w wykazie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Również wbrew prezentowanym przez Odwołującego przypuszczeniom, wykaz uzupełniono o zadanie wykonane na rzecz podmiotu komercyjnego, a zatem informacje na temat kontraktu, który nie jest objęty jawnością na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Nie jest możliwe również powzięcie na podstawie ogólnodostępnych źródeł informacji na temat relacji pomiędzy Przystępującym a podmiotem udostępniającym swoje zasoby w zakresie określonym w wykazie. Relacje te nie są jawne dla innych podmiotów, a dla Przystępującego mają oczywistą wartość gospodarczą. Z powyższych względów nie podlega ujawnieniu zarówno treść uzupełnionego wykazu usług, jak również dokumentów potwierdzających należytą realizację, a także zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Podmiot udostępniający zasoby zobowiązał ponadto Przystępującego do zachowania poufności zarówno informacji dotyczących współpracy, jak również informacji na temat kontraktów, których realizacja została wykazana w ramach udostępnionego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia tego podmiotu. Dowód: -zobowiązanie do udostępnienia zasobów dołączone do pisma z uzupełnieniem z dnia 28 czerwca 2016 r. (dołączone do dokumentacji postępowania).

Ochrona informacji dotyczących faktu zawarcia umowy z określonym podmiotem, jej przedmiotu i zakresu, fakcie zakończenia świadczenia danej usługi, a także wartości umowy, uzasadniona jest szczególną wartością gospodarczą tych informacji. Wartość ta polega na budowaniu przewagi konkurencyjnej na rynku przez nieudostępnianie informacji, których znajomość przez podmioty konkurencyjne mogłaby negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową wykonawcy. W szczególności mogłaby doprowadzić do przejęcia klientów i utraty źródeł zbytu, a tym samym – zachwiania podstawą funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa handlowo-produkcyjnego. Sąd Antymonopolowy wskazał w postanowieniu z dnia 30 października 1996 r. sygn. XVII Amz 3/96, że dane obrazujące wielkość produkcji

i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowisko o możliwości zastrzeżenia wykazu zamówień wykonanych na rzecz podmiotów

niezobowiązanych do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych, potwierdzana była wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyroku z dnia 12 kwietnia 2012 r. (sygn. KIO 590/12, KIO 600/12). W informacjach zawartych w uzupełnionych pozycjach wykazu oraz w dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie wymienione zostały nazwy (firmy) i adresy kontrahentów (odbiorców), przedmiot danej usługi lub dostawy, wartość całkowita usługi lub dostawy oraz terminy ich wykonywania. Informacje te nie tylko nie są ujawnione do wiadomości publicznej, ale ponadto wykonawca podjął co do nich działania w celu zachowania ich poufności. Dostęp do ww. informacji ma ograniczony krąg pracowników wykonawcy i nie zostały one ujawnione podmiotom zewnętrznym. Takie informacje mieszczą się w pojęciu ”tajemnicy przedsiębiorstwa”, ponieważ wykonawca ma wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Możliwość objęcia również tego rodzaju informacji tajemnicą przedsiębiorstwa także została potwierdzona w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1195/11, czy też wyroku z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. KIO 586/14, w których Izba orzekała na podstawie stanu faktycznego analogicznego do zaistniałego w przedmiotowej sprawie. Podobnie w wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. KIO 1186/13.

Mając na uwadze powyższe, nie budzi wątpliwości, że zarówno w odniesieniu do wykazu wykonanych usług w uzupełnionym zakresie, jak również w odniesieniu do dokumentów potwierdzających ich wykonanie zachodzą przesłanki do ich zakwalifikowania jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wartość gospodarczą dla Przystępującego poza udostępnianymi zasobami w postaci doświadczenia – mają relacje handlowe i partnerskie pomiędzy Przystępującym, a podmiotem udostępniającym swoje zasoby. Te relacje bowiem mogą przesądzić o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy w stosunku do innych podmiotów konkurencyjnych. Przystępujący nie udostępniał tych informacji żadnemu podmiotowi i został zobowiązany przez kontrahenta do zachowania zarówno faktu współpracy, jak i zasad i zakresu tej współpracy w poufności.

Przystępujący nie udostępniał ww. informacji innym podmiotom, zaś zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa podjął działania niezbędne dla zachowania poufności tych informacji postępowaniu.

VI. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Mając na uwadze przedstawione okoliczności nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby Zamawiający naruszył w postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez naruszenie przepisów powołanych w zarzutach

odwołania. Zamawiający dokonał oceny ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy, a Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że doszło do ich naruszenia. Odwołujący posługuje się w uzasadnieniu odwołania domysłami i ogólnymi stwierdzeniami, pomijając całkowicie fakty, a także nadużywając zarzutów w celu wymuszenia korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Zarzucając Przystępującemu rażąco niską cenę – Odwołujący pomija całkowicie różnice w ofertach – zgodne z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami. Ponadto Odwołujący powołuje się na okoliczności w żaden sposób nieudowodnione, w tym na niepoparte dowodami twierdzenia dotyczące relacji handlowych Przystępującego z IBM. Przedstawione przez Przystępującego okoliczności skonfrontowane z zarzutami odwołania niezbicie dowodzą, że to właśnie wykonanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami Odwołującego, prowadziłoby do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wykonawca załączył dowody – pisma: firmy Integrated Solutions Sp. z o.o. z dnia 8 września 2016 r., firmy IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 13 września 2016 r. oraz dokument, którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorcy – wydruk korespondencji elektronicznej: wykonawca CUBE.ITG S.A. (25.04.2016 r.) – IBM Polska Sp. z o.o. (9 maja 2016 r.) – wycena usługi serwisowej dla BP CUBE.ITG.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wykonawca CUBE.ITG S.A. z siedzibą w Warszawie, w wyniku skutecznego przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp,

zwanym dalej w skrócie „przystępującym".

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu na posiedzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zatem Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie (art. 189 ust. 4 i 5 Pzp).

Izba uznała, że odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, jest wykonawcą, złożył ofertę ocenioną na drugim miejscu, istnieje możliwość poniesienia szkody w przypadku wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w sposób mający wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego i przystępującego o oddalenie odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdyż zamawiający nie wykazał, że nie zwiększy środków przeznaczonych na realizację zamówienia do kwoty ceny oferty odwołującego. Na stronie 8 odpowiedzi na odwołanie

zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie wniosku: *„(…) okoliczność,* że *cena brutto oferty Odwołującego przekracza kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, Zamawiający wskazuje,* że *Odwołujący nie wykazał skutecznie materialno-prawnej przesłanki do wniesienia odwołania dotyczącej interesu w uzyskaniu zamówienia."*

W sprawach wskazanych w piśmie procesowym przystępującego, zamawiający wykazywali brak możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia.

Izba zaliczyła w poczet dowodów dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na rozprawie, uznając w szczególności, że pisma pochodzące od firm, przedstawiające informacje co do faktów w zakresie działalności tych firm, podpisane przez osoby ze wskazaniem pełnionych przez nie funkcji, wobec braku podważenia tych dokumentów przez stronę przeciwną, zostały zaliczone do dowodów w sprawie, zgodnie z definicją dokumentów wynikającą z art. 245 Kpc w zw. z art. 190 ust. 3 Pp.

W poczet dowodów Izba zaliczyła następujące dokumenty złożone przez:

1. Odwołującego: pismo IBM Polska Sp. z o.o. z 13 września 2016 r.; pismo QUMAK S.A. z 8.09.2016 r. wraz z wydrukiem korespondencji elektronicznej: IBM Polska Sp. z o.o. z 23 maja i 18 maja 2016 r.; zestawienie „koszty wewnętrzne"; wniosek o udzielenie informacji w trybie dostępu do informacji publicznej z 15 czerwca 2016 r.; ogłoszenie o zamówieniu z 06/08/2014 r. – zamawiający: Data Techno Park Sp. z o.o.; wzór umowy – „załącznik nr 13 do SIWZ" w postępowaniu prowadzonym przez Data Techno Park Sp. z o.o. – ostatnie dwa dokumenty dotyczą postępowania prowadzonego przez Data Techno Park Sp. z o.o. List referencyjny Data Techno Park Sp. z o.o. z 26.04.2016 r.; pismo QUMAK S.A. z 15 czerwca 2016 r. do ZUS; pismo ZUS do CUBE.ITG S.A. z 20.06.2016 r.; pismo CUBE.ITG S.A. do ZUS z 28.06.2016 r.; pismo ZUS do CUBE.ITG S.A. z 05.07.2016 r. – są to dokumenty zamawiającego stanowiące dokumentację aktualnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Zamawiającego: dowód szacowania wartości zamówienia przez zamawiającego oraz e-mail wykonawcy QUMAK zawierający ofertę cenową.

3. Przystępującego: pisma: firmy Integrated Solutions Sp. z o.o. z dnia 8 września 2016 r., firmy IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 13 września 2016 r. oraz dokument, którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorcy – wydruk korespondencji elektronicznej: wykonawca CUBE.ITG S.A. (25.04.2016 r.) – IBM Polska Sp. z o.o. (9 maja 2016 r.) – wycena usługi serwisowej dla BP CUBE.ITG; załącznik nr 7 SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Data Techno Park Sp. z o.o.

Stosownie do treści § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U.

z 2014 r. poz. 964) – odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem stanowią akta sprawy odwoławczej, a więc stanowią one dowody z urzędu, bez potrzeby odrębnego stanowienia w tym zakresie.

Zgodnie z wnioskami dowodowymi odwołującego – oferta przystępującego,

wyjaśnienia z dnia 28.06.2016 r., wykaz usługi wraz z dowodem należytego jej wykonania i zobowiązaniem innego podmiotu, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, cena oferty oraz pozostałe dowody na okoliczności wskazane we wnioskach dowodowych – podlegały ocenie.

Izba nie zaliczyła do dowodów: informacji z Polskiej Wywiadowni Gospodarczej oraz informacji m.in. o pośrednim przejęciu przez CUBE.ITG S.A. firmy Data Techno Park Sp. z o.o., złożonych przez odwołującego – jako nie wnoszących do sprawy informacji niezbędnych do rozstrzygnięcia odwołania. Związek tych podmiotów wynika z oferty przystępującego (przynależność do grupy kapitałowej oraz odpisów z KRS).

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego *„na okoliczność realności ceny zaoferowanej przez CUBE za wykonanie przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy producent wszystkim oferentom zaoferował taką samą cenę za usługi serwisowe, a ponadto CUBE musi uwzględnić m.in. udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, w sytuacji gdy sam nie dysponuje wymaganymi referencjami oraz koszty wymaganych zabezpieczeń należytego wykonania przyszłej umowy”* – podzielając w pełni stanowisko zamawiającego, że w okolicznościach sprawy, wniosek dowodowy służy wyłącznie do *„zbędnego przedłużenia postępowania odwoławczego”.* Ustalenie stanu faktycznego dla dokonania oceny realności ceny oferty przystępującego, w okolicznościach sprawy, nie wymaga wiadomości specjalnych, o których stanowi przepis art. 190 ust. 4 Pzp.

Stan faktyczny sprawy został przedstawiony w stanowiskach stron i uczestnika postępowania odwoławczego, odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym przystępującego, powtórzonych z niezbędnymi skrótami w pierwszej części uzasadnienia, nie jest sporny, co do zasady. Spór dotyczy oceny prawnej czynności stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołanie rozpoznane na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp: *zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu)* – przy uwzględnieniu, że zarzuty odwołania stanowią niezgodne z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na

podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz obowiązku stron i uczestnika postępowania odwoławczego wynikającego z art. 190 ust. 1 ustawy, do przedstawiania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, aż do zamknięcia rozprawy, a także obowiązku Izby rozstrzygnięcia w wyroku o żądaniach odwołującego (§ 34 ust. 1 pkt 4 regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań)

– podlega oddaleniu.

Ocena zarzutów odwołania *(numeracja zgodna z przyjętą w uzasadnieniu odwołania).*

4. Zarzut zaniechania wykluczenia CUBE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp i w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy.

Wskazane przepisy stanowią o obowiązku zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który: (pkt 3) złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; (pkt 4) nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp – stanowiący, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (…) albo, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (…), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania – zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy, który na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu złożył błędne oświadczenia i dokumenty – w celu uzupełnienia braków lub wyeliminowania błędów, przed ewentualnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Jest to procedura obligatoryjna skutkująca w razie jej niezachowania, uznaniem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania za naruszającą przepisy Pzp. Zatem, zamawiający w każdym przypadku złożenia przez

wykonawcę oświadczeń i dokumentów niepotwierdzających spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, ma obowiązek ustalenia, czy brak potwierdzenia jest skutkiem błędu, czy też stanowi złożenie nieprawdziwych informacji.

W orzecznictwie, w tym sądów wskazywano przesłankę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako:

– Sąd Okręgowy Toruniu w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12: przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp);

– Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12: podziela prezentowany zarówno w orzecznictwie jak też w literaturze pogląd, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 cytowanej ustawy wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając, albowiem ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, jeżeli przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki – z założenia więc działania nieumyślnego (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak);

– Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt IX Ga 179/13 (przywołanym przez odwołującego na rozprawie): uznał, że odwołujący podał nieprawdziwe informacje dotyczące zakresu uprawnień budowlanych osób, jednak za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.07.2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, że nieprawdziwa informacja była skutkiem omyłki odwołującego, a nie działania umyślnego, nie nakazał sprostowania czynności zamawiającego co do wykluczenia odwołującego z postępowania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp uznając, że oferta i tak podlegała odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny.

Analiza wskazanego orzecznictwa prowadzi do wniosku, że zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania wyłącznie w przypadku ustalonego ponad wszelką wątpliwość umyślnego przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając (również w wyroku Izby z 8 maja 2013 r. sygn. akt KIO 922/13).

W późniejszym orzecznictwie, m.in. w wyroku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt KIO 913/15, Izba uznała, że *za nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać takie informacje, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Z literalnego brzmienia przepisu nie wynika, aby przesłanka wykluczenia zachodziła tylko wówczas, gdy złożenie informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym [nieprawdziwych] było skutkiem intencjonalnego działania wykonawcy, wynikającego wyłącznie z umyślności tego działania. Także przepis art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE [po jej nowelizacji: art. 57 ust. 4 lit. h)], nie odnosi wykluczenia wykonawcy, winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, do jego umyślnego zachowania, wynikającego z bezpośredniego zamiaru przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mającego* świadomość *szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Tak jak podaje dyrektywa podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie zawinionego poważnego, a więc mającego lub mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, wprowadzenia w błąd. Dyrektywa nie wyłącza także zachowania, którego zawinienie jest*

skutkiem niedbalstwa lub nienależytej staranności, które to działanie kwalifikowane jako nieumyślne charakteryzuje, co prawda brak zamiaru popełnienia czynu niedozwolonego [zabronionego], jednakże sprawca popełnia taki czyn na skutek niezachowania ostrości wymaganej w danych okolicznościach, mimo, że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał [lekkomyślność] albo mógł przewidzieć [niedbalstwo].

Przystępujący złożył wykaz wykonanych usług wymagany w opisie warunku zamieszczonym w rozdziale IV, I. pkt 2 SIWZ, załączył list referencyjny (str. 50 oferty) oraz

zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b Pzp (oświadczenie Integrated Solutions Sp. z o.o.). W liście referencyjnym z dnia 26.04.2016 r. wystawca Data Techno Park Sp. z o.o. wskazał okres wykonywania dostawy: 02.02.2015 r. – 27.07.2015 r. i usługi serwisu od 24.04.2015 r.

Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp (jest to obligatoryjna czynność zamawiającego w razie wątpliwości dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zatem brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia tego przepisu), w wyniku czego przystępujący obok wyjaśnień złożył wykaz wskazujący inną usługę wraz z poświadczeniem jej należytego wykonania i zobowiązaniem innego podmiotu do udostępnienia zasobu dotyczącego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. Zamawiający uwzględnił oświadczenia i dokumenty jako złożone w trybie wynikającym z art. 26 ust. 3 Pzp, w ramach tzw. samouzupełnienia i wykazujące spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

W orzecznictwie akceptowana jest taka forma uzupełniania oświadczeń i dokumentów, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp, przez ich złożenie przez wykonawcę, z uwagi na fakt, że zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli w toku badania oferty wykonawcy dysponuje oświadczeniami i dokumentami złożonymi w granicach ustawy. Ryzyko samouzupełniania obciąża wykonawcę w taki sposób, że nie może on być już wzywany do uzupełnienia tego zakresu oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Ze wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 13 do SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Data Techno Park Sp. z o.o., wskazującego, że okres gwarancji jakości i rękojmi za wady rozpoczyna bieg po sporządzeniu końcowego protokołu odbioru dostawy, odwołujący wywiódł wniosek, że przystępujący posługując się referencją podmiotu udostępniającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia złożoną wraz z ofertą, podał nieprawdziwe informacje skutkujące wykluczeniem przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia, bez możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w jakimkolwiek trybie.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Z dokumentów złożonych w postępowaniu odwoławczym: listu referencyjnego z dnia 26.04.2016 r. załączonego do oferty, wyjaśnień przystępującego z 28 czerwca 2016 r., załącznika nr 7 do SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez firmę Data Techno Park Sp. z o.o. oraz wyjaśnień producenta IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 13 września 2016 r. i potwierdzenia firmy udostępniającej zasoby Integrated Solutions Sp. z o.o. z dnia 8 września 2016 r. złożonych przez przystępującego – wynika potwierdzenie świadczenia usługi przed dniem podpisania protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy. Celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia – niezbędnych do uzyskania zamówienia – jest wykazanie faktycznego doświadczenia wykonawcy nabytego przez wymagany okres wykonywania opisanych czynności, niezależnie od treści zawartej umowy.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, że serwis nie był świadczony w okresie wskazanym w liście referencyjnym. Zarzut został przedstawiony na podstawie domniemania, że usługa serwisu mogła rozpocząć się wyłącznie po sporządzeniu protokołu końcowego odbioru dostawy, w sytuacji, gdy takie ustalenie nie wynika ze wzoru umowy, zmienianego w toku postępowania, i jak wskazano na rozprawie, określającego inny termin wykonania dostawy niż przyjęty ostatecznie. Okoliczności te wskazują, że brak było podstaw do uznania wzoru umowy za dowód nierozpoczęcia usługi serwisu w terminie wskazanym w liście referencyjnym. Tym samym odwołujący nie wykazał, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowania dotyczącego wiedzy i doświadczenia na podstawie dowodów załączonych do oferty oraz dokonanego uzupełnienia w wyniku wezwania zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy.

Samouzupełnienie dokumentów ma ten skutek, że wyczerpuje procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy, nie powoduje natomiast naruszenia przez zamawiającego tego przepisu.

Oświadczenia i dokumenty, przyjęte przez zamawiającego jako wykazujące spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zostały sporządzone przy przyjęciu takiej samej konstrukcji jak złożone wraz z ofertą, które po odtajnieniu przez zamawiającego, zostały udostępnione odwołującemu.

Podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do realnego ich udostępnienia w trakcie realizacji umowy na potrzeby zamówienia, z udziałem tego podmiotu.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 lutego 2011 r., V Ca 3036/10 wskazał, że: *podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym – nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków*

udziału w postępowaniu. Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia.

Powiązania przystępującego z podmiotem – wystawcą listu referencyjnego – to okoliczności wynikające z dokumentów złożonych z ofertą, niesporne, niestanowiące przedmiotu oceny Izby. Ewentualne sugestie odwołującego co do intencji wystawcy listu referencyjnego, z braku jakichkolwiek dowodów wskazujących na złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie stanowiły przedmiotu rozpoznania Izby.

5. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty CUBE m.in. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 4 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Przepis art. 89 ust. 1 zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli: (pkt 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (pkt 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazane przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) stanowią:
– art. 3 ust. 1 stanowi: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.* Powołanie się na przepis art. 3 ust. 1 uznk wymaga wskazania normy prawnej, a także dobrych obyczajów, które zostały naruszone czynnościami wykonawcy. *„Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami* życia *gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie konkurencji poprzez rzetelne i niezakłóconego funkcjonowania niezafałszowane współzawodnictwo”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28.06.2007 r. sygn. akt V ACa 371/07).

Przepisy art. 15 ust. 1 uznk stanowią: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:* (pkt 5) *działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy;* [ust. 2] *Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:* (pkt 1) *ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.*

Uzasadnieniem tego zarzutu przedstawionym w odwołaniu jest zestawienie kwot netto ofert obu wykonawców, *„wartości otrzymanej od IBM oferty 4 919 910,28 zł netto oraz minimalnej różnicy wynoszącej zaledwie 23 995,72 zł netto pomiędzy ofertą złożoną przez CUBE oraz ofertą IBM”,* co zdaniem odwołującego wskazuje, że cena oferty CUBE jest nierealna, nierynkowa i jako taka stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W dalszej części

uzasadnienia odwołujący zarzucił nieuwzględnienie wszystkich kosztów w cenie oferty, wskazując niezaoferowanie całego zakresu zamówienia, a więc przedstawienie ceny dumpingowej, utrudniającej innym wykonawcom dostępu do rynku. Przedstawione okoliczności faktyczne nie odpowiadają przesłankom określonym w przepisach art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 uznk wskazanym w odwołaniu, jako stypizowane przypadki czynów nieuczciwej konkurencji powodujące naruszenie normy prawnej. Odwołujący również nie wykazał, które obyczaje, o których stanowi klauzula generalna uznk, zostały naruszone.

Wystawienie referencji przez prezesa DTP potwierdzającej świadczenie usługi przez Integrated Solutions nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w okolicznościach sprawy wynikających z oferty i potwierdzonych na rozprawie. Powiązanie spółek, jak wskazano w pkt 4, wynika z oferty przystępującego; wątpliwości odwołującego na tym tle, bez przedstawienia dowodów, nie stanowią podstawy uznania czynu nieuczciwej konkurencji.

Wątpliwości odwołującego nie mogą też stanowić podstawy domniemania faktycznego, co do którego Sąd Apelacyjny w Lublinie orzekł w wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt I ACa 134/13, że możliwość zastosowania domniemania faktycznego przewidzianego w art. 231 k.p.c., nie może być interpretowana jako złagodzenie obowiązku udowodnienia faktu przez stronę, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.). Oznacza to, że wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji musi być udowodnione, jako spełniające przesłanki wskazane w przywołanych przepisach.

W świetle warunków zastosowania przywołanych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, brak jest podstaw by uznać, że cena oferty przystępującego wyczerpuje przesłanki naruszenia normy prawnej czy niesprecyzowanych dobrych obyczajów.

Cena oferty przystępującego, wskazana jako rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowi 93,28% kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia

---

(jest to wartość zamówienia zwiększona o kwotę podatku VAT) oraz 92,79% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Nie występują przesłanki zobowiązujące zamawiającego do podjęcia czynności, o których stanowi art. 90 ust. 1 ustawy. Odpłatność jednorazowa na rzecz IBM została wykazana jako kwota jednakowa dla obu wykonawców, natomiast za pełnioną usługę serwisu – jest różna dla obu wykonawców, korzystniejsza dla przystępującego, co zostało potwierdzono dowodem złożonym przez przystępującego – pisma: firmy Integrated Solutions Sp. z o.o. z dnia 8 września 2016 r., firmy IBM Polska Sp. z o.o. z dnia 13 września 2016 r. oraz dokument, którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa – wydruk korespondencji elektronicznej: wykonawca CUBE.ITG S.A. (25.04.2016 r.) – IBM Polska Sp. z o.o. (9 maja 2016 r.) – wycena usługi serwisowej dla BP CUBE.ITG. Odwołujący potwierdził wyłącznie kwotę jednorazowej opłaty na rzecz IBM.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że zarzut rażąco niskiej ceny oraz popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, odwołujący wywiódł wyłącznie z kwoty zaoferowanej przez przystępującego jako ceny oferty, w sytuacji gdy cena oferty przystępującego jest niższa od kwoty ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością o 6,71%, natomiast cena oferty odwołującego jest wyższa od kwoty zamawiającego o 7,77%. Różnica ta, w sytuacji wykazania podstawy do odrzucenia oferty przystępującego, predysponowałaby zamawiającego do unieważnienia postępowania na skutek zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, natomiast Izbę, do oddalenia odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy, w toku postępowania odwoławczego.

6. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 i 90 ust. 1 Pzp

Wskazane przepisy prawne stanowią:

- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: „Jeżeli *cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości z przez wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie wymaganiami określonymi zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub* średniej *arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie

art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów";

Przepis art. 26 ust. 4 Pzp stanowi, że zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zatem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający podejmuje czynności wyjaśniające. Przy czym obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, występuje wówczas, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Przepis art. 26 ust. 4 Pzp, jak słusznie przedstawił przystępujący, ma wyłącznie zastosowanie w przypadku wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W rozpoznanej sprawie, jak wskazano w pkt 5, ze względu na cenę oferty przystępującego stanowiącą 93,28% kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia oraz 92,79% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – nie występują przesłanki zobowiązujące zamawiającego do podjęcia czynności, o których stanowi art. 90 ust. 1 ustawy, które mogłyby stanowić podstawę nakazu Izby zastosowania tego przepisu, w świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy.

7. Zarzut naruszenia art. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp i w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Wskazane przepisy *stanowią:*

- art. 8 ust. 1 i 3 Pzp: *Postępowanie o udzielnie zamówienia jest jawne. 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;*
- art. 11 ust. 4 uznk: *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne*

przedsiębiorstwa, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności;

Oceniając stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, wskazujące skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba podzieliła argumentację co do braku podstaw do odtajnienia pozostałych zastrzeżonych informacji, gdyż stanowią one rodzaj informacji, o jakich mowa w art. 11 ust. 4 uznk.

Zgodnie ze wskazanym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W orzecznictwie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości

przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą, to w szczególności informacje handlowe, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, źródła zaopatrzenia i zbytu, informacje związane z działalnością marketingową, a przede wszystkim *know-how* przedsiębiorcy.

Istotą zastrzeżenia informacji jest jej poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem (wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1172/11).

Obowiązkiem oceny, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią taką tajemnicę – nie później niż w terminie składania ofert – został obciążony zamawiający, zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy. Właściwe/zgodne z przepisem zastrzeżenie i wykazanie w stosownym czasie ustawowych przesłanek zastrzeżenia, powoduje obowiązek zamawiającego nie ujawniania informacji i odwrotnie – niewłaściwe zastrzeżenie bądź nie wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert, powoduje skutek wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy – nieskuteczność nakazu nie ujawniania zastrzeżonych informacji. Informacje składane w granicach ustawy, po terminie składania ofert, podlegają również zastrzeżeniu.

W opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. *„Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.”* (www.uzp.gov.pl) wskazano m.in., że *w odniesieniu do badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i oceny wykazania,* że *zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zachowuje aktualność stanowisko Sądu Najwyższego – wyrażone*

w uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, aprobujące możliwość dokonania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w przypadku wątpliwości co wskazanego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajności określonych części oferty – za którego utrzymaniem w obecnym stanie prawnym przemawia fakt, że *nowelizacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp potwierdziła jedynie, wypracowaną przez orzecznictwo KIO oraz sądów, wykładnię powyższego przepisu. W podsumowaniu wskazano,* że *w sytuacji jednoznacznej oceny dokonanej przez zamawiającego,* że *wykonawca do upływu terminu składania ofert nie wykazał,* że *zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zachodzi wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji, które zamawiający zobowiązany jest ujawnić.*

Z powyższego wynika, że tylko w przypadku niewątpliwego potwierdzenia, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający jest zwolniony z obowiązku nie ujawniania informacji.

Mając na uwadze, że skutki wyłączenia tajemnicy przedsiębiorstwa są nieodwracalne, zaś odpowiedzialność za bezpodstawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje uregulowanie w art. 23 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak też w wyroku z dnia 30 września 2014 r., sygn. akt KIO 1898/14), Izba uznała, że zamawiający zasadnie ocenił zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących – wykazu usługi, potwierdzenia należytego jej wykonania i zobowiązania innego podmiotu udostępniającego zasób wiedzy i doświadczenia.

Uzasadnienie zastrzeżenia nawiązuje, co do zasady, do zastrzeżonej treści i częstą praktyką jest również nieujawnianie uzasadnienia z tego powodu. Uzasadnienie zastrzeżenia stanowi jeden ze sposobów wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec treści zastrzeżonych informacji, oczywistych w świetle przepisu art. 11 ust. 4 uznk, zamawiający uznał uzasadnienie zastrzeżenia za wystarczające, nie miał wątpliwości co do celu jakiemu ma służyć.

Izba podzielając stanowisko, że pozyskanie informacji jest istotne dla odwołującego, gdyż m.in. pozyskanie tego rodzaju danych przez konkurentów przystępującego mogłoby stanowić pewną przewagę na rynku przedmiotowych usług, przy braku skutecznego podważenia oceny zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, uznała zarzut dotyczący częściowego utajnienia wyjaśnień przystępującego z dnia 28 czerwca 2016 r. wraz załącznikami, za niezasługujący na uwzględnienie.

Informacje niestanowiące ściśle tajemnicy przedsiębiorstwa, nie korzystają z ochrony

przewidzianej w Pzp.

8. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp

Zarzut nie podlega uwzględnieniu. W granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, ocena oferty przystępującego nie następowała z naruszeniem uzasadnionego interesu drugiego wykonawcy (odwołującego) i tym samym ocena nie powodowała naruszenia, obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający dokonał wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, nie naruszając przepisu art. 91 ust. 1 ustawy.

Reasumując powyższe, Izba uznając, że odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów, oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: ……