

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę: POLCOM S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym załączników do SIWZ, poprzez:

- 1) określenie w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia maksymalnego czasu relokacji oraz maksymalnego czasu niedostępności Systemów;
- 2) wykreślenie kryterium oceny ofert „Maksymalny czas relokacji”;
- 3) wprowadzenie postanowień umożliwiających wykonawcom zaoferowanie sposobów relokacji równoważnych pod względem funkcjonalnym, tj. zapewniających dokonanie migracji Systemów Zamawiającego w sposób, który ograniczy do minimum czas niedostępności Systemów;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: POLCOM S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków na rzecz wykonawcy: POLCOM S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Krakowie.

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 sierpnia 2018 roku, pod nr 2018/S 148- 338974 oraz SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego.

Wykonawca POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie wniósł odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 5 pkt 2 i ust. 6, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 91 ust. 1, ust. 2c i ust. 2d Pzp oraz art. 353¹, art. 58 § 1, art. 473, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp i art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Naruszenie powyższych przepisów może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp i konieczności następczego unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że niezgodne z prawem postanowienia SIWZ i ogłoszenia powodują, że Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Ponadto - w wyniku ww. naruszeń przepisów Pzp może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

1. Kryterium oceny oferty „Maksymalny czas relokacji”

Zamawiający w Pkt XIV SIWZ, jako jedno z czterech kryteriów oceny oferty określił „Maksymalny czas relokacji”. Wykonawcy są zobowiązani podać maksymalny czas relokacji Systemów pomiędzy obecnym miejscem ich kolokacji, a oferowaną przez wykonawcę serwerownią, przy czym nie może to być wartość wyższa niż 60 godzin. Waga tego kryterium to aż 20 punktów. Zamawiający wskazał, jak będzie przyznawał punkty:

„Jeśli maksymalny czas relokacji podany przez wykonawcę, będzie wynosił:

- do 24 godzin od terminu rozpoczęcia relokacji Systemów - oferta otrzyma 20 pkt,

- powyżej 24 godzin do 48 godzin od terminu rozpoczęcia relokacji Systemów - oferta otrzyma 10 pkt,

- powyżej 48 godzin do 60 godzin od terminu rozpoczęcia relokacji Systemów - oferta

3

otrzyma 0 pkt,

- powyżej 60 godzin od terminu rozpoczęcia relokacji Systemów - oferta zostanie odrzucona.”

Zdaniem Odwołującego, czas, w jakim będzie wykonana relokacja Systemów nie może w ogóle stanowić kryterium oceny ofert. Otóż kryterium to w sposób oczywisty preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego, tj. spółkę Infomex Sp. z o.o. lub też innego wykonawcę, który z tą spółką zawrze umowę podwykonawczą, zlecając jej całość realizacji umowy, jak to miało miejsce w przypadku Nabino Sp. z o.o. w likwidacji.

Spółka Infomex Sp. z o.o. od 2012 r. świadczy nieprzerwanie na rzecz Zamawiającego usługi kolokacji. Tylko ten podmiot nie będzie wykonywał w ogóle usług relokacji, a więc niejako z automatu otrzyma 20 punktów w przedmiotowym kryterium.

Zdaniem Odwołującego, takie określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, który wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium, niezależnie od tego, jakie oferty złożą inni wykonawcy - narusza przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp, kryteria oceny ofert muszą być powiązane z przedmiotem

zamówienia - przy czym nie należy zapominać o konieczności stosowania zasad wskazanych w przepisie art. 7 Pzp na każdym etapie postępowania, także na etapie tworzenia SIWZ, a więc także przy ustanawianiu kryteriów oceny ofert. Tymczasem Zamawiający w sposób oczywisty preferuje wykonawcę Infomex Sp. z o.o. i dąży do tego, aby po raz kolejny ten właśnie wykonawca świadczył na jego rzecz usługi kolokacji.

Powyższe narusza również art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: „Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawionych przez oferentów.” Także w pkt 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wskazano na zasady dotyczące kryteriów pozacenowych, z których wynika, że kryteria te:

- powinny umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanych w ofertach usług w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji;
- nie powinny przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji;
- powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 365/18 wskazała, że ustawodawca zarówno unijny, jak i krajowy stawia wymaganie, aby postawione kryteria oceny ofert zapewniały ich zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia rzeczywistej konkurencji w postępowaniu. Tak samo orzekł Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4 grudnia 2003r., sygn. C- 448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH.

Odwołujący wskazał także, że Infomex Sp. z o.o. świadczy usługi na rzecz Zamawiającego z naruszeniem prawa i ze szkodą dla Zamawiającego. Infomex Sp. z o.o. pozyskał realizację dwóch kolejnych kontraktów z naruszeniem prawa, w wyniku zмовы przetargowej. W dniu 30 maja 2018 r. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję Nr RKR-3/2018, w której uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zawarcie przez Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, Nabino sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Łodzi i ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji oraz podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający na etapie formułowania postanowień SIWZ miał świadomość powyższego, a mimo to zdecydował się na stworzenie takiego kryterium oceny ofert, które w sposób oczywisty uprzywilejowuje Infomex Sp. z o.o. Na Zamawiającym ciąży obowiązek takiego sformułowania SIWZ, aby wszystkie ww. spółki, winne zмовы przetargowej na szkodę Zamawiającego, nie mogły złożyć ważnej i nie podlegającej odrzuceniu oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem Zamawiający sformułował SIWZ w sposób, który uprzywilejowuje ww. wykonawców.

Ponadto, Zamawiający nie określił w SIWZ wystarczającego opisu i zakresu usług relokacji. A zatem nie jest obecnie możliwe sporządzenie oferty, gdyż wykonawca nie wie, jakie dokładnie obowiązki w tym zakresie na nim ciąży. Narusza to przepis art. 29 ust. 1 Pzp. Jednocześnie brak takiego opisu narusza przepis art. 29 ust. 2 Pzp, gdyż stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę, który nie będzie wykonywał relokacji, tj. spółkę Infomex Sp. z o.o. lub innego wykonawcę, który zleci tej spółce wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że sprzęt, na którym zainstalowane są Systemy Zamawiającego znajduje się obecnie w serwerowni spółki Infomex Sp. z o.o., do której inni wykonawcy nie mają dostępu. Zatem Zamawiający powinien określić w SIWZ szczegółowe warunki wydania tych urządzeń wykonawcy celem wykonania relokacji. Opis przedmiotu zamówienia powinien określać, że Zamawiający udostępni wykonawcy sprzęt odpowiednio spakowany i przygotowany do transportu, wskazywać zasady i moment przejęcia odpowiedzialności za sprzęt przez wykonawcę. W tym celu do SIWZ należy wprowadzić postanowienia obejmujące przekazanie sprzętu, poprzez podpisanie odpowiedniego protokołu oraz wskazanie, że z chwilą podpisania protokołu wydania sprzętu, wykonawca przejmuje odpowiedzialność i

rozpoczyna się bieg terminu relokacji Systemów.

Odwołujący wskazał też, że nawet maksymalny termin relokacji wskazany w SIWZ jest niewystarczający, co wynika z praktyki potwierdzonej warunkami podobnych zamówień.

Nie jest też zrozumiałe, dlaczego Zamawiający narzuca wykonawcy sposób wykonania relokacji. Zamawiający wskazał, że jedyny sposób wykonania relokacji to fizyczne przeniesienie sprzętu, na którym zainstalowane są Systemy Zamawiającego. Tym samym Zamawiający narzuca wykonawcom nie tylko osiągnięcie pewnego efektu (tj. dokonanie migracji w sposób, który ograniczy do minimum czas niedostępności Systemów), ale także sposób osiągnięcia tego celu, który uprzywilejowuje obecnego wykonawcę oraz nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego. Tymczasem możliwe jest dokonanie w pierwszej kolejności czasowej migracji Systemów Zamawiającego na sprzęt wykonawcy w nowej serwerowni, a dopiero następnie fizyczne przeniesienie sprzętu i dokonanie docelowej migracji na sprzęt Zamawiającego.

W praktyce profesjonalnych dostawców usług tego typu stosowane są inne, skuteczne i bezpieczne metody sukcesywnego przenoszenia sprzętu i oprogramowania z miejsca na miejsce. Przeniesienie takie (relokacja) może nastąpić w ten sposób, że w pierwszej kolejności wykonawca udostępni w swojej lokalizacji tymczasowe środowisko informatyczne spełniające odpowiednie wymagania. Kolejnym krokiem jest samo przeniesienie poszczególnych systemów na udostępniony sprzęt, a następnie produkcyjne uruchomienie Systemów (udostępnienie użytkownikom). Dopiero w dalszej kolejności wykonawca transportuje sprzęt do nowej lokalizacji, uruchamia go i testuje. Ostatnim krokiem jest sukcesywne przeniesienie systemów z tymczasowego środowiska na docelowe (czyli na przeniesiony sprzęt uruchomiony w nowej lokalizacji). Przy zastosowaniu opisywanego podejścia, proces fizycznego przenoszenia sprzętu nie wiąże się z całkowitym odcięciem dostępu systemów na czas demontażu, transportu, ponownej instalacji i konfiguracji - systemy działają w tym czasie w tymczasowym środowisku. Choć cały proces migracji trwa dłużej, bo jest prowadzony sukcesywnie, to czas faktycznej niedostępności systemów dla ich użytkowników jest znacznie krótszy (rzędu maksymalnie kilku godzin). Minimalizowane jest ryzyko opóźnień związanych z ewentualnymi awariami sprzętu w trakcie transportu, czy też koniecznością odzyskania danych z kopii zapasowych.

Podmioty zainteresowane udziałem w przedmiotowym postępowaniu są profesjonalistami, dysponującymi wiedzą i doświadczeniem z zakresu prowadzenia migracji. Zamawiający bez merytorycznego uzasadnienia uniemożliwia wykonawcom skorzystanie ze swojego know-how, narzucając podejście sprzeczne z dobrymi praktykami, które istotnie zwiększa ryzyko dla bezpieczeństwa i ciągłości działania przenoszonych Systemów. Zamawiający narzuca taki sposób relokacji systemów, który wręcz zniechęca profesjonalne podmioty do złożenia oferty - gdyż narzuca sposób realizacji sprzeczny z dobrymi praktykami. Wynika to wprost z doświadczenia Zamawiającego - przy analogicznych postanowieniach SIWZ w poprzednim postępowaniu w 2015 r. zostały złożone tylko 2 oferty, tj. firm, które zawarły niedozwoloną zmwę przetargową z Infomex Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, narzucony przez Zamawiającego sposób realizacji relokacji nie daje się uzasadnić żadnymi obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Wykonawcy, którzy będą ubiegać się o zamówienie, przy obecnym kształcie wymagań stają przed dylematem, czy przyjąć na siebie ryzyko niepowodzenia migracji realizowanej w sposób, którego nie rekomendowaliby swojemu klientowi w świetle własnej wiedzy i doświadczenia oraz branżowych standardów. Jedynym wykonawcą, który takiego dylematu nie ma, jest obecny wykonawca, który nie musi przenosić infrastruktury. Odwołujący wskazywał na powyższe w postępowaniu KIO 1519/15. Zarzut ten nie został uwzględniony przez Izbę - co w efekcie doprowadziło do zmywy przetargowej i złożenia ofert tylko przez dwóch wykonawców, pozostających w niedozwolonym porozumieniu ze spółką Infomex Sp. z o.o.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że obecnie SIWZ w ogóle nie określa szczegółowej lokalizacji sprzętu, na którym zainstalowane są Systemy Zamawiającego. Wskazano jedynie, że jest to Żywiec, bez dokładnego adresu. Zamawiający wskazał w § 2 ust. 1 pkt 1.1.4 Umowy, iż w Załączniku nr 7 do Umowy wskazano lokalizację sprzętu - jednak Załącznik nr 7 takiej treści nie zawiera. Takie zaniechanie ze strony Zamawiającego jest niezrozumiałe i stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ poprzez:

1. wykreślenie kryterium „Maksymalny czas relokacji”;
2. zamieszczenie w Opisie przedmiotu zamówienia wymagań dla relokacji. obejmujących:
 - a. wskazanie czasu wykonania relokacji. nie krótszego niż 3 dni, tj. 72 godziny;

- b. dopuszczenie innego sposobu dokonania relokacji Systemów, zgodnego z obowiązującymi w tym zakresie standardami i dobrymi praktykami,
- c. określenie warunków przejęcia sprzętu podlegającego relokacji od dotychczasowego wykonawcy: określenie stanu wydania sprzętu, sposobu jego spakowania, terminu wydania, zasad podpisania protokołu przekazania sprzętu, wskazania, że termin realizacji relokacji rozpoczyna się z podpisaniem protokołu przekazania sprzętu, itp.;
- d. wskazanie w SIWZ dokładnego adresu obecnego umiejscowienia sprzętu podlegających relokacji - w szczególności uzupełnienie treści Załącznika nr 7 do Umowy, gdzie miała być zgodnie z postanowieniami SIWZ wskazana lokalizacja serwerów.

2. Kryterium oceny oferty „Zapewnienie drugiej serwerowni”

W Pkt XIV SIWZ Zamawiający określił dwa kryteria oceny oferty odnoszące się do lokalizacji serwerowni:

- kryterium „Zapewnienie serwerowni do 100 km od siedziby Zamawiającego (Kraków, ul. Racławicka 56)” - z wagą 15 punktów;
- kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni” - z wagą 5 punktów

W oparciu o aktualne zapisy SIWZ, wskazanie przez wykonawców, że oferują drugą serwerownię są nieweryfikowalne przez Zamawiającego.

W Umowie w § 3 ust. 4 Zamawiający postawił wymagania wobec drugiej serwerowni: „Wykonawca zapewni, w przypadku awarii serwerowni podstawowej (w której kolokowany jest sprzęt Zamawiającego), drugą serwerownię, w której może świadczyć usługi kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM - po wcześniejszym uzgodnieniu z Zamawiającym harmonogramu relokacji. Warunki świadczenia usługi w drugiej serwerowni nie mogą posiadać gorszych parametrów niż w serwerowni podstawowej, a czas relokacji do tej serwerowni i jej warunki będą tożsame jak określone dla serwerowni podstawowej.”

Jednocześnie Zamawiający nie zamieścił w SIWZ żadnych postanowień, które umożliwiają weryfikację tego kryterium oceny ofert, w tym nie podał żadnego wymagania, gdzie ta druga serwerownia ma się znajdować oraz nie wymaga wskazania w ofercie adresu drugiej serwerowni.

Skoro wykonawcy nie muszą w ofercie wskazać, gdzie serwerownia znajduje się, to Zamawiający nie ma możliwości dokonania weryfikacji stanu technicznego serwerowni, prawdziwości oświadczenia oraz zasadności przyznanych w tym zakresie punktów. W formularzu ofertowym Zamawiający wskazał jedynie, że „zapewnię w przypadku awarii serwerowni podstawowej drugą serwerownię, w której może świadczyć usługi kolokacji oraz serwisu pogwarancyjnego sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM” - wskazać TAK lub NIE.

Takie zapisy SIWZ wskazują na brak zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ SIWZ dopuszcza sytuację, w której wykonawca złoży puste oświadczenie i otrzyma w tym kryterium 5 pkt. Następnie, na etapie realizacji Umowy - w przypadku konieczności skorzystania z drugiej serwerowni - okaże się, że taka serwerownia jest położona poza granicami Polski czy nawet Unii Europejskiej i Zamawiający nie będzie w ogóle zainteresowany lokowaniem w niej swoich serwerów. Może się też okazać, że taka serwerownia nie spełnia wymagań SIWZ. Weryfikacja takiego oświadczenia winna się odbyć na etapie oceny ofert.

Wskazane powyżej braki SIWZ, które skutkują brakiem porównywalności i niemożliwością weryfikacji ofert w zakresie kryterium wydajność naruszają przepis art. 91 ust. 2c i 2d Pzp.

Zamawiający ma obowiązek tak określić kryteria oceny ofert w SIWZ, aby kryteria te były jednoznaczne i zrozumiałe oraz aby umożliwiały sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Obecne brzmienie SIWZ nie zawiera żadnych postanowień, które umożliwiłyby Zamawiającemu weryfikację oświadczenia o drugiej serwerowni. Przedmiotowe kryterium oceny ofert nie jest też powiązane z przedmiotem zamówienia - SIWZ w ogóle nie reguluje obowiązków wykonawcy odnośnie drugiej serwerowni, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Odwolujący wniósł o zmianę SIWZ, poprzez - według wyboru Zamawiającego:

- wykreślenie kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni”, lub

- zmianę opisu kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni” poprzez wskazanie maksymalnej odległości i nakazanie podania adresu drugiej serwerowni w ofercie.

3. Wzór umowy: § 13 Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy - odpowiedzialność za opóźnienie

Zamawiający w § 13 uregulował kwestię kar umownych - ich wysokości oraz podstaw i przesłanek naliczania. Zamawiający w ust. 2 w pkt 2.2. uregulował wprost, że kara umowna może zostać naliczona w przypadku opóźnienia wykonawcy w realizacji zobowiązań umownych:

- ppkt 2.2.1 - w przypadku przekroczenia terminu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt. 1.2.1.1 - 0,5 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;
- ppkt 2.2.3. za nieprzesłanie miesięcznego zestawienia zgodnie z §2 ust. 5-1% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;
- ppkt 2.2.7 - za opóźnienie w dostarczeniu dokumentacji powykonawczej zgodnie z § 4 ust. 3 - 0,1 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;
- ppkt 2.2.8 - w przypadku przekroczenia terminu na dostarczenie sprzętu zamiennego wskazanego w § 5 ust. 1 pkt. 1.2. - 0,5 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;
- ppkt 2.2.9 - w przypadku przekroczenia terminu naprawy wskazanego w § 5 ust. 1 pkt. 1.2. - 0,1 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;
- ppkt 2.2.13. w przypadku przekroczenia terminu wskazanego w § 10 ust. 2-0,1 % łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia;

Tym samym, pomimo iż nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna, Zamawiający odstąpił od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji Umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej, określonej w przepisach Kodeksu Cywilnego. Kodeks Cywilny w przepisie art. 471, jako zasadę odpowiedzialności kontraktowej konstytuuje odpowiedzialność dłużnika za okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, przy czym wzmacnia pozycję wierzyciela poprzez stworzenie ustawowego domniemania winy dłużnika. Taka konstrukcja odpowiedzialności kontraktowej jest powszechnie przyjmowana jako wystarczająca i nie istnieją żadne racjonalne powody, aby Zamawiający - jako podmiot publiczny, który zobowiązany jest do równego traktowania wszystkich uczestników rynku - dyskryminował dostawców rozwiązań informatycznych w taki sposób, aby rozszerzać zakres ich odpowiedzialności także na okoliczności, za które dany wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Odwolujący wskazał, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza zakres odpowiedzialności określony w art. 471 KC dopuszczalne jest jedynie w przypadku wskazanym w przepisie art. 473 § 1 KC, który wyraźnie wskazuje, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, tylko w sytuacji wskazanej w tym przepisie - a mianowicie muszą być oznaczone okoliczności. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył wskazaną regulację art. 473 § 1 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Pzp). (wyrok SN z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12).

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że przedmiotowe zapisy naruszają także zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażoną w art. 487 § 2 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Pzp). Co więcej brak takiej ekwiwalentności stanowi także naruszenie art. 5 i art. 58 § 1 i 2 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy) - gdyż jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Pogląd o niemożności naliczenia kary umownej w przypadku braku winy potwierdzany był wielokrotnie przez Sąd Najwyższy, przykładowo w wyroku z dnia 20 marca 1968 r. II CR 419/67, a także w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r. sygn. akt: V CSK 139/07. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 14 marca 2012, KIO 399/12.

Wskazane postanowienia naruszają art. 29 ust. 1 Pzp - nie określono w SIWZ w sposób jednoznacznie jasny i precyzyjny wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty - nie jest możliwe na etapie sporządzania oferty ustalenie wszystkich ryzyk związanych z realizacją Umowy, w tym także pełnego zakresu odpowiedzialności Wykonawcy.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia w §13 w ustępach słowa „opóźnienie” i zastąpienie go odpowiednio słowem „zwłoka” lub też dodanie

postanowienia, że wykonawca ponosi odpowiedzialność zgodnie z przepisem art. 471 KC i zasadami odpowiedzialności kontraktowej, tj. kara umowna może zostać naliczona w przypadku, gdy wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczności będące podstawą jej naliczenia.

4. Kwestia dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dopuścili się zmywy przetargowej na szkodę Zamawiającego

Infomex Sp. z o.o. - podmiot, który świadczy usługę kolokacji na rzecz Zamawiającego oraz Nabino sp. z o.o. w likwidacji i ncNETcom sp. z o.o. zawarły niedozwolone porozumienie na szkodę Zamawiającego, co zostało potwierdzone załączoną do odwołania decyzją Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Wobec powyższego, Zamawiający powinien tak skonstruować warunki nowo wszczętego postępowania, aby zlikwidować stan naruszenia prawa, tj. podjąć kroki, aby ww. wykonawcy podlegali wykluczeniu z postępowania - Zamawiający powinien wskazać, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Tymczasem Zamawiający w pkt VI SIWZ zastosował tylko dwie przesłanki fakultatywne wskazane w pkt 1 i 8. Nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający - mając za sobą doświadczenia niedozwolonej zmywy przetargowej w dwóch poprzednich postępowaniach dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia - dopuszcza, aby spółka Infomex Sp. z o.o. mogła nadal świadczyć na jego rzecz przedmiotowe usługi, w ramach kolejnej umowy, pomimo, że Ustawodawca dał zamawiającemu możliwość wskazania, że wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy uprzednio w sposób zawiniony poważnie naruszyli obowiązki zawodowe, co podważa ich uczciwość.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt VI ppkt 1 lit a) SIWZ i nadanie mu brzmienia: „a) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy i art. 24 ust. 5 pkt 1, pkt 2 i pkt. 8 ustawy”

Pismem z dnia 24 sierpnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W ocenie Zamawiającego, zarzuty sformułowane w odwołaniu są bezzasadne. Zamawiający poinformował, że w dniu 23 sierpnia 2018r. uwzględnił niektóre z argumentów Odwołującego

i dokonał modyfikacji treści SIWZ, tj. w zakresie

1. wprowadzenia wymogów dot. lokalizacji drugiej serwerowni wskazanej przy wykonawców,
2. wydłużenia maksymalnego terminu relokacji z 60 godzin do 72 godzin i analogicznej zmiany w kryteriach oceny ofert,
3. zmiany zapisów dotyczących kar umownych — zamiast opóźnienia jako podstawę odpowiedzialności wykonawcy przyjęto zwłokę.

W pozostałym zakresie odnosząc się do treści odwołania Zamawiający wskazał, że pomiędzy tymi samymi stronami w analogicznym postępowaniu prowadzonym w 2015 roku toczyło się postępowanie przed KIO (KIO 1519/15). Poprzednio wymóg migracji systemów Zamawiającego stanowił element opisu przedmiotu, natomiast obecnie jest elementem oceny ofert. W poprzednim postępowaniu KIO ustaliła, że minimalny okres na dokonanie migracji to 24 godziny. Kierując się tym rozstrzygnięciem, Zamawiający określił najwyżej punktowany okres migracji właśnie na 24 godziny. Waga omawianego kryterium została ustalona na poziomie 20 punktów. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że czas ten w ogóle nie może stanowić kryterium oceny ofert, ponieważ różni wykonawcy uzyskają różną punktację. Idąc tym tokiem rozumowania Zamawiający mógłby ustanawiać wyłącznie takie kryteria oceny ofert, w których każdy wykonawca, a w szczególności Odwołujący bez względu na wszystko uzyskałby maksymalną liczbę punktów.

Podobnie jak w poprzednim postępowaniu odwoławczym Zamawiający wskazał, że całkowicie chybiony jest argument o rzekomym uprzywilejowaniu podmiotu aktualnie świadczącego usługi objęte zamówieniem. Z uwagi na to, że usługi te wykonywane są w sposób ciągły i nieprzerwany, utopijne jest oczekiwanie, że wszyscy wykonawcy będą mieli jednakową pozycję. Przeciwnie, pewne zróżnicowanie ich pozycji wynikające z obecności na rynku usług objętych zamówieniem jest rzeczą całkowicie oczywistą i naturalną. Stanowisko to jest powszechnie akceptowane zarówno w doktrynie, jak i ustalonym orzecznictwie. Tytułem przykładu należy wskazać na wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r. (sygnatura akt: KIO 510/15).

Kwestionowane przez Odwołującego kryterium oceny ofert ma wagę zaledwie 20

punktów, rozłożonych na trzy warianty czasowe. Nie sposób uznać, aby taka waga kryterium oznaczała naruszenie uczciwej konkurencji.

Zamawiający zaprzeczył, że realizacja usługi przez dotychczasowego wykonawcę odbywała się ze szkodą dla Zamawiającego oraz odnośnie rzekomego uprzywilejowywania innych wykonawców jego kosztem.

Zamawiający podniósł, że w dokumentacji przetargowej wyraźnie określił wszystkie wymagania dotyczące migracji systemów, stąd zarzuty Odwołującego w tym zakresie są niezrozumiałe.

Odnośnie wybranego przez Zamawiającego sposobu relokacji zauważył, że określony sposób realizacji przedmiotu zamówienia (a w szczególności sposób i termin wykonania migracji) jest równy i jednakowy dla wszystkich potencjalnych wykonawców i dokonany został w oparciu o racjonalne i obiektywnie uzasadnione potrzeby. Równocześnie jego wykonanie jest całkowicie realne i możliwe. W opinii Zamawiającego, ze względu na skomplikowaną architekturę istniejących rozwiązań i zależność od siebie części projektów, a także jakość komponentów poszczególnych systemów proponowany sposób migracji jest najbardziej optymalny. Równocześnie z tych samych względów czas ich niedostępności w trakcie funkcjonowania produkcyjnego jest obciążony znacznie mniejszym ryzykiem niż podczas migracji.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że podczas procesu migracji będzie on całkowicie zależny od wykonawcy i nie będzie miał dostępu do sprzętu ani do systemów na nim zainstalowanych. Podczas migracji niedostępne mogą być wszystkie systemy Zamawiającego w zależności od przyjętego modelu przeprowadzonej migracji. Z doświadczenia Zamawiającego z wieloletniego utrzymywania systemów w usłudze kolokacji wynika, że nie mają miejsca przerwy w działaniu systemów porównywalne z oknem przeznaczonym na migrację. Dla Zamawiającego (a także dla wykonawcy realizującego zamówienie) kluczowe jest dobrze zaplanowane, skuteczne i szybkie przeniesienie przedmiotowych systemów.

Wybrany wykonawca będzie miał niemal nieograniczoną możliwość wcześniejszego zaplanowania i przygotowania planu migracji wszystkich elementów infrastruktury, a czynności te można wykonywać bez wyłączania systemów. Sam proces przenoszenia serwerów jest czynnością wyłącznie techniczną zależną tylko i wyłącznie od jakości przygotowanego wcześniej przez wykonawcę harmonogramu.

Określony przez Zamawiającego maksymalny czas migracji wynika z konieczności zapewnienia dostępności krytycznych systemów Zamawiającego takich jak system wspomagający pracę pogotowia ratunkowego (dostęp do systemu radiowego pogotowia oraz modułu do wysyłania karetek do pacjentów), czy też ponad 3,5 tysiąca Biuletynów Informacji Publicznej.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że we wcześniejszych postępowaniach na kolokację (2011 r. i w 2012 r.) Odwołujący uczestniczył składając ofertę i nie protestował na zbyt krótki czas migracji czy też wysokie kary za migrację systemów, a złożył oferty. Podkreślił, że czas migracji systemów w roku 2011 był określony na poziomie 6 godzin, a środowisko Zamawiającego zawierało większą ilość serwerów rackowych (obecnie większość serwerów Zamawiającego stanowią serwery blade które są łatwiejsze do przeniesienia). Przeniesienie sprzętu w dwa razy krótszym czasie nie stanowiło problemu także dla Odwołującego, co potwierdził składając ofertę. Dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego w pełni uzasadniają sposób opisu przedmiotu zamówienia,

Zamawiający wskazał, że z powyższego jednoznacznie wynika, że opis przedmiotu zamówienia, a także warunki jego realizacji mają charakter racjonalny, obiektywny oraz równy i jednolity dla wszystkich potencjalnych wykonawców. W tym kontekście twierdzenia

Odwołującego o braku merytorycznych podstaw dla sposobu realizacji przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego są całkowicie chybione.

Zdaniem Zamawiającego, stanowiska Odwołującego nie uzasadnia również jego twierdzenie o innych, alternatywnych metodach przeprowadzenia migracji. Z powyżej wykazanych przyczyn metoda określona przez Zamawiającego jest całkowicie uzasadniona jego obiektywnymi, racjonalnymi potrzebami. Co więcej, jest jak najbardziej możliwa do wykonania. Fakt, że istnieją jeszcze inne, potencjalnie dostępne rozwiązania, które byłyby jednocześnie łatwiejsze do zrealizowania przez wykonawcę nie przesądza o tym, iż metoda przyjęta przez Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Okoliczność, że wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego może być trudny dla danego wykonawcy nie przesądza w żaden sposób o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,

Powyższe znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie KIO, np. wyrok

KIO/UZP z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt 1024/08), wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 43/15, uchwała KIO z dnia 5 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 110/14, wyrok KIO z dnia 4 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2170/14.

Twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający w sposób niedozwolony dąży do udzielenia zamówienia spółce Infomex są pozbawione podstaw, podobne jak insynuacje o rzekomym ukrywaniu lokalizacji sprzętu. Zamawiający wskazał, że w ramach dokonanych zmian Zamawiający wskazał konkretny adres.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Przed otwarciem posiedzenia w niniejszej sprawie, w dniu 23 sierpnia 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ i zgodnie z żądaniami Odwołującego, wprowadził wymogi dotyczące lokalizacji drugiej serwerowni wskazanej przy wykonawców

w ofercie - dokonał zmiany opisu kryterium „Zapewnienie drugiej serwerowni” przez wskazanie maksymalnej odległości oraz określenie wymagania odnośnie podania przez wykonawców w ofercie adresu drugiej serwerowni. Zamawiający wydłużył także maksymalny termin relokacji z 60 godzin do 72 godzin i dokonał stosownej zmiany w opisie kryteriów oceny ofert. Zamawiający dokonał też zmiany postanowień dotyczących kar umownych, tj. zamiast opóźnienia, jako podstawę odpowiedzialności wykonawcy Zamawiający przyjął zwłokę - dokonał zmiany treści § 13 Wzoru umowy, przez zastąpienie w pkt 2.2.1, 2.2.3, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.13 terminu „opóźnienie” terminem „zwłoka”.

W powyższym zakresie Zamawiający potwierdził zatem naruszenie przepisów art. 91 ust. 2c i 2d Pzp i art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹, art. 58 § 1, art. 473, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp, co jednak wobec dokonania przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ w opisanym powyżej zakresie w dniu 23 sierpnia 2018 r. nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik tego postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp), wobec wyeliminowania przez Zamawiającego powyższych naruszeń.

Zarzuty dotyczące kryterium oceny oferty „Maksymalny czas relokacji”

W pkt XIV SIWZ, jako jedno z czterech kryteriów oceny ofert, Zamawiający określił

„Maksymalny czas relokacji” z wagą 20 pkt. Zamawiający postanowił, że najwyżej punktowany jest czas do 24 godzin od terminu rozpoczęcia relokacji Systemów - oferta otrzyma wówczas 20 pkt, czas powyżej 24 godz. do 48 godz. od terminu rozpoczęcia relokacji Systemów - oferta otrzyma 10 pkt, czas powyżej 48 godzin do 60 godzin od terminu rozpoczęcia relokacji Systemów - oferta otrzyma 0 pkt, natomiast czas powyżej 60 godzin od terminu rozpoczęcia relokacji Systemów - oferta zostanie odrzucona. Po zmianie SIWZ z dnia 23 sierpnia 2018 r. maksymalny dopuszczalny czas relokacji Zamawiający wydłużył do 72 godzin, przy czym jest to czas, za który oferta otrzyma 0 pkt.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu czas, w jakim będzie wykonana relokacja Systemów nie może stanowić kryterium oceny ofert, tak jak zostało ono sformułowane przez Zamawiającego, ponieważ w sposób oczywisty preferuje wykonawcę, który obecnie świadczy usługi na rzecz Zamawiającego oraz wykonawców, którzy z tym wykonawcą zawrą umowę podwykonawczą w zakresie usługi kolokacji, czego nie wykluczają postanowienia SIWZ. Należy zauważyć, że wykonawca, który obecnie świadczy usługi kolokacji na rzecz Zamawiającego, znajduje się w sytuacji znacznie uprzywilejowanej w stosunku do innych potencjalnych wykonawców, poprzez fakt, że m.in. nie będzie ponosił kosztów relokacji, przez co jego oferta będzie znacznie niższa cenowo, a cena stanowi istotne

wagowo kryterium oceny ofert. Dodatkowe uprzywilejowanie tego wykonawcy, poprzez

przyznanie maksymalnej liczby punktów z tytułu najniższego czasu wykonania relokacji, gdyż

wykonawca ten nie będzie w ogóle musiał wykonywać tego elementu przedmiotu zamówienia - gdyż sprzęt i Systemy Zamawiającego pozostaną w jego serwerowni bez zmiany lokalizacji, stanowi jednoznaczne naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Określenie bowiem przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji (patrz: pkt 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE i art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE). W tym przypadku kryterium „Maksymalny czas relokacji” dyskryminuje wykonawców, którzy zaoferują przedmiot zamówienia, który jest zgodny z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, ale w sposób oczywisty nie będą w stanie przedstawić ofert korzystniejszych w tym kryterium. Izba nie podzieliła przy tym opinii Zamawiającego, że waga kryterium określona na poziomie 20 pkt nie ma istotnego znaczenia w ramach oceny ofert.

Podsumowując, w okolicznościach niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że kryterium „Maksymalny czas relokacji” w brzmieniu określonym przez Zamawiającego, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, w ramach którego Zamawiający dopuścił zmianę lokalizacji świadczenia usług kolokacji, istotnie zaburza uczciwą konkurencję i prowadzi de facto do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego wykonawcy. Izba nakazała wobec powyższego wykreślenie kryterium „Maksymalny czas relokacji” oraz określenie parametru maksymalny czas relokacji w treści opisu przedmiotu zamówienia wraz z określeniem maksymalnego czasu wyłączenia Systemów Zamawiającego, który to parametr realizacji zamówienia ma, według wyjaśnień Zamawiającego, istotne znaczenie z punktu widzenia realizowanych przez Zamawiającego zadań, a jednak mimo to nie został określony w SIWZ.

Na marginesie tylko zauważyć należy dodatkowo, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia w treści załącznika nr 6 do SIWZ, tj. we Wzorze umowy (§2), co w ocenie Izby nie jest prawidłowym, biorąc pod uwagę, że to treść podstawowego dokumentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia, powinien zawierać opis przedmiotu zamówienia, w tym szczegółowe wymagania, pozwalające na weryfikację treści ofert w tym zakresie.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący braku zamieszczenia w Opisie przedmiotu zamówienia wymagań dla relokacji, obejmujących dopuszczenie innego sposobu dokonania relokacji Systemów, zgodnego z obowiązującymi w tym zakresie standardami i dobrymi praktykami. W ocenie Izby, narzucenie przez Zamawiającego, jako jedynego sposobu wykonania relokacji przez fizyczne przeniesienie sprzętu, na którym zainstalowane są Systemy Zamawiającego, nie jest uzasadnione rzeczywistymi obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. W tym zakresie Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek okoliczności i nie wykazał obiektywnego uzasadnienia merytorycznego, potwierdzającego, że tylko ten jeden sposób relokacji może być zastosowany. Twierdzenia Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie w powyższym aspekcie nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami, są bardzo ogólnikowe i tym samym nie przedstawiają istotnej wartości merytorycznej w tej sprawie. W świetle powyższego, za uprawdopodobnione przez Odwołującego należało uznać stanowisko, że możliwe są inne, skuteczne i bezpieczne metody sukcesywnego przenoszenia sprzętu i oprogramowania z miejsca na miejsce, jak np. relokacja w ten sposób, że w pierwszej kolejności wykonawca udostępni w swojej lokalizacji tymczasowe środowisko informatyczne spełniające odpowiednie wymagania, przeniesie poszczególne systemy na udostępniony sprzęt, uruchomi Systemy Zamawiającego na tym sprzęcie, a następnie przeniesie sprzęt do nowej lokalizacji, uruchomi go, przetestuje oraz przeniesie Systemy Zamawiającego z tymczasowego środowiska na docelowe. Przy takim rozwiązaniu, jak wskazywał Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, czas faktycznej niedostępności Systemów dla ich użytkowników, co jest istotne dla Zamawiającego, jest znacznie krótszy (maksymalnie kilka godzin). Jak wskazywał Odwołujący, przy takim rozwiązaniu minimalizowane jest także ryzyko opóźnień związanych z ewentualnymi awariami sprzętu w trakcie transportu i koniecznością odzyskania danych z kopii zapasowych.

Podkreślenia wymaga kwestia, iż z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 Pzp wynika, że użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” powoduje, że dla stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, poprzez zastosowanie określonych zapisów w SIWZ. Jednocześnie, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania

zamówienia.

W ocenie Izby, Odwołujący uprawdopodobnił okoliczność, że narzucony przez Zamawiającego sposób relokacji systemów nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego i uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę, co uniemożliwia wykonawcom zaoferowanie relokacji sprzętu i oprogramowania na zasadach równoważnych, wynikających z dobrych praktyk i standardów obowiązujących w tej branży. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nakazała Zamawiającemu dopuszczenie w postępowaniu możliwości zaoferowania równoważnych sposobów wykonania relokacji sprzętu i oprogramowania do nowej serwerowni, z uwzględnieniem spełnienia wymagań funkcjonalnych, określonych przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku zamieszczenia w Opisie przedmiotu zamówienia wymagań dla relokacji, obejmujących określenie warunków przejęcia sprzętu podlegającego relokacji od dotychczasowego wykonawcy: określenie stanu wydania sprzętu, sposobu jego spakowania, terminu wydania, zasad podpisania protokołu przekazania sprzętu, wskazania, że termin realizacji relokacji rozpoczyna się z podpisaniem protokołu przekazania sprzętu, itp., Izba ustaliła, że we Wzorze umowy w §2 Zamawiający zawarł postanowienie w pkt 1.2.1.1, zobowiązujące wykonawcę do niezwłocznego przedstawienia przez wykonawcę Zamawiającemu i uzgodnienia harmonogramu realizacji usługi relokacji o treści „1.2.1.1. w terminie siedmiu dni przed dniem planowanego rozpoczęcia usługi kolokacji i serwisu pogwarancyjnego dostarczenia harmonogramu przeniesienia sprzętu do nowej lokalizacji, po uprzednim uzyskaniu akceptacji przez Zamawiającego”. W ocenie Izby, powyższe postanowienie umożliwia wykonawcy zaproponowanie Zamawiającemu własnych rozwiązań co do praktycznego sposobu wykonania czynności związanych z relokacją, dostosowanych do oczekiwań danego wykonawcy. Powyższy sposób uregulowania warunków dokonania relokacji, który nie narzuca z góry wykonawcy określonych rozwiązań, nie narusza przepisu art. 29 ust. 1 ani ust. 2 Pzp. Przywołać też w tym miejscu należy postanowienie § 2 ust. 7 Wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązał się, że: „W celu zaplanowania migracji wszystkich elementów infrastruktury, przygotowania harmonogramu migracji systemów oraz skutecznego przeniesienia przedmiotowych systemów, Zamawiający zapewni Wykonawcy niezwłocznie po podpisaniu umowy:

7.1. dostęp do dokumentacji technicznej systemów będącej w posiadaniu Zamawiającego,

7.2. fizyczny dostęp do serwerowni w której pracuje infrastruktura Zamawiającego,

7.3. zdalny dostęp do aktualnej infrastruktury Zamawiającego.”,

co powinno umożliwić wykonawcy prawidłowe przygotowanie i zrealizowanie przedsięwzięcia w zakresie relokacji.

Izba stwierdziła, że kwestia, czy spółka Infomex Sp. z o.o. świadczy usługi na rzecz Zamawiającego z naruszeniem prawa i ze szkodą dla Zamawiającego nie jest przedmiotem tego postępowania, ale postępowania toczącego się przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i w tamtym postępowaniu zostanie ostatecznie rozstrzygnięta (Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 maja 2018 r. Nr RKR-3/2018).

Zarzut dotyczący zaniechania wskazania w SIWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania

W zakresie dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy zawarli zmwę przetargową na szkodę Zamawiającego, Izba stwierdziła, że decyzją nr RKR-3/2018 z dnia 30 maja 2018 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik zawarcie przez Infomex sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, Nabino sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w Łodzi i ncNETcom sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach porozumienia ograniczającego konkurencję na krajowym rynku usług hostingu i kolokacji serwerów, polegającego na uzgadnianiu przez tych przedsiębiorców warunków ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi hostingu i kolokacji serwerów i podejmowaniu działań mających na celu doprowadzenie do wyboru oferty tego z ww. przedsiębiorców, który zaoferował wyższą cenę. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy Prezes UOKiK nałożył na ww. przedsiębiorstwa kary pieniężne z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy w zakresie określonym w pkt I sentencji niniejszej decyzji. Jak wyjaśniły obie strony postępowania, powyższa decyzja jest nieprawomocna - została zaskarżona przez ww. wykonawców do sądu ochrony konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Z mocy art. 24 ust. 6 Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, ma obowiązek wskazać podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.

Jak słusznie zauważył Odwołujący - Ustawodawca dał zamawiającemu możliwość przyjęcia w postępowaniu, że wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy uprzednio w sposób zawiniony poważnie naruszyli obowiązki zawodowe, co podważa ich uczciwość. Niemniej jednak to zamawiający podejmuje decyzję o zastosowaniu przesłanki fakultatywnej w prowadzonym postępowaniu. W ocenie Izby, w takim przypadku wykonawca nie może domagać się wprowadzenia przez zamawiającego danej przesłanki fakultatywnej wykluczenia, gdyż narusza to uprawnienie Zamawiającego wynikające wprost z brzmienia przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Izba nie stwierdziła w powyższych okolicznościach naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i ust. 6 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).