

Sygn. akt: KIO 2584/14

WYROK
z dnia 19 grudnia 2014r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Przemysław Dzierzędzki

Katarzyna Brzeska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2014 r. przez **odwołującego:** Konsorcjum Comfort Meridian Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 65/79; 00-697 Warszawa (Lider Konsorcjum); Devoteam S.A. ul. Kłobucka 25; 02-699 Warszawa (Członek Konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5; 01-748 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Ingrifo Sp. z o.o. Sp. k. ul. Ursynowska 72; 02-605 Warszawa (Lider Konsorcjum); Sevenet S.A. ul. Galaktyczna 30 a; 80-299 Gdańsk (Członek Konsorcjum) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Comfort Meridian Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 65/79; 00-697 Warszawa (Lider Konsorcjum); Devoteam S.A. ul. Kłobucka 25; 02-699 Warszawa (Członek Konsorcjum) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comfort Meridian Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 65/79; 00-697 Warszawa (Lider Konsorcjum); Devoteam S.A. ul. Kłobucka 25; 02-699 Warszawa (Członek Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Warszawie

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Pismem z dnia 5 grudnia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesiono odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5; 01-748 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”.

Odwołanie zostało wniesione przez Konsorcjum spółek w składzie: 1. COMFORT MERIDIAN POLSKA Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa i 2. DEVOTEAM S.A. ul. Kłobucka 25, 02-699 Warszawa zwany dalej „odwołującym”.

Prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy udzielenia zamówienia publicznego na „Dostawę licencji wraz z opieką serwisową oraz usługi wsparcia dla Systemu Monitorowania Usług IT w ZUS” w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy: TZ/370/75/13).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S 196-339038 z dnia 9 października 2013 roku.

Pismem z dnia 11 grudnia 2014r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca Konsorcjum: Ingrifo Sp. z o.o. sp.k. (Lider konsorcjum) ul. Ursynowska 72; 02- 605 Warszawa i Sevenet S.A. ul. Galaktyczna 30 a; 80 - 299 Gdańsk (Członek) zwany dalej przystępującym /wykonawcą wybranym.

Odwołanie zostało wniesione na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 roku, Nr 907, ze zm.) („PZP”) w związku z dokonaną przez Zamawiającego w dniu 25 listopada 2014 roku czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaistniałym w dniu 25 listopada 2014 roku zaniechaniem czynności, odmowy odtajnienia korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą wybranym w zakresie uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software, w tym w szczególności wyjaśnień wykonawcy wybranego z dnia 16 czerwca 2014 roku.

Wskazanim powyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucono następujące naruszenia:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy wybranego w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik Postępowania,
2. art 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy wybranego w związku z niewykazaniem przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Ingrifo pomimo tego, że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia w Postępowaniu,
4. art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy wybranego udzielonych na wezwanie Zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software, w tym w szczególności wyjaśnień wykonawcy wybranego z 16 czerwca 2014 roku, pomimo, iż w sprawie nie wystąpiły przesłanki do objęcia tych dokumentów zastrzeżeniem dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa.
5. art. 8 ust. 1, 2 oraz 3 PZP, 96 ust. 3 PZP w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 roku, Nr 223, poz. 1458) („Rozporządzenie”), poprzez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego udzielonych na wezwanie Zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software, w tym w szczególności wyjaśnień wykonawcy wybranego z 16 czerwca 2014 roku i w konsekwencji niezgodną z prawem odmowę udostępnienia tych informacji Odwołującemu.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP ujawnienia pełnej treści wyjaśnień wykonawcy wybranego udzielonych na wezwanie Zamawiającego, dotyczących posiadania przez ww. Konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym w szczególności wyjaśnień wykonawcy wybranego z 16 czerwca 2014 roku,
3. nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w Postępowaniu i w konsekwencji wykluczenie wykonawcy wybranego z Postępowania oraz odrzucenie jego oferty,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych

zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

Termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia 25 listopada 2014 roku, a zatem niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 PZP.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP Odwołujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP oraz Rozporządzenia.

W konsekwencji Odwołujący niewątpliwie posiada interes do wniesienia tego odwołania, gdyż zaskarżone czynności Zamawiającego bezpośrednio oddziałują na sferę jego praw i uzasadnionych interesów gospodarczych.

Tymczasem podkreślić należy, iż oferta Odwołującego zdobyła drugą w kolejności liczbę punktów w przeprowadzonej w Postępowaniu ocenie ofert. Odwołujący ma zatem interes w zaskarżeniu dokonanego w Postępowaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

W odwołaniu przedstawiono między innymi następującą argumentację prawną.

Stan faktyczny

We wskazanym terminie złożenia ofert zostały złożone dwie oferty – Odwołującego (~ 36,3 min zł brutto) oraz wykonawcy wybranego (-14,9 min zł brutto).

W dniu 12 listopada 2014 roku Wykonawca złożył do Zamawiającego wniosek o wgląd do wyjaśnień oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę wybranego dotyczących posiadania przez niego uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software. Wniosek ten był następnie ponawiany w dniach 14 i 19 listopada 2014 roku.

Dowód: Wniosek Odwołującego z 12 listopada 2014 roku

Wniosek Odwołującego z 14 listopada 2014 roku Wniosek Odwołującego z 19 listopada 2014 roku

Pismem z 25 listopada 2014 roku Zamawiający odmówił udostępnienia powyższych wyjaśnień powołując się na ich objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy wybranego.

Dowód: pismo Zamawiającego z 25 listopada 2014 roku

Należy jednocześnie podkreślić, iż kwestia wadliwego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy wybranego była już badana w Postępowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz Sąd Okręgowy w Warszawie.

Wyrokiem z dnia 22 lipca 2014 roku wydanym w sprawie o sygnaturze akt KIO 1384/14 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odtajnienie w całości wszystkich stron oferty w Postępowaniu. Wyrok ten został następnie utrzymany w mocy wyrokiem wydanym w dniu 13 listopada br. przez Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny - Odwoławczy w sprawie o sygnaturze akt V Ca 2953/14. W szczególności Sąd potwierdził, iż wykonawca wybrany nie wykazał, iż zastrzeżone przez nie informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto istotne wątpliwości Sądu wzbudził fakt, iż pomimo wyraźnego, pisemnego stanowiska spółki BMC Software wskazującego na brak uprawnień wykonawcy wybranego do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software. Zamawiający nie podjął wystarczających działań zmierzających do jednoznacznego wyjaśnienia tej kwestii z zainteresowanym wykonawcą.

Dowód: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2014 roku wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO 1384/14

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny - Odwoławczy w dnia 13 listopada 2014 roku wydany w sprawie o sygnaturze akt V Ca 2953/14

Pomimo zatem prawomocnego uznania przez organy orzekające, iż zastrzeżenie przez wykonawcę wybranego w Postępowaniu określonych informacji jako stanowiących rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa było nieskuteczne, w identycznym stanie faktycznym, Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie wyjaśnień do oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę wybranego dotyczących posiadania przez ww. konsorcjum uprawnień do świadczenia serwisu (maintenance) dla produktów BMC Software, pomimo, iż wszelkie ustalenia ww. wyroków mają adekwatne zastosowanie także do tych dokumentów. Stąd konieczne stało się wniesienie także w tej sprawie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Dodatkowo w dniu 25 listopada 2014 roku Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, Zgodnie z nią obie złożone oferty zostały uznane za zgodne z SIWZ i przepisami PZP. Kierując się kryterium ceny Zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i przyznał jej 100 punktów. Oferta Odwołującego otrzymała natomiast 41,17 punktów.

Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z 25 listopada 2014 roku.

Stan prawny

Uwagi Odnośnie zarzutu wadliwego zastrzeżenia wyjaśnień oferty

Na wstępie, Odwołujący pragnie wskazać, że zawarta w art. 8 ust. 1 PZP zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi, przede wszystkim, gwarancję urzeczywistnienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wyjątkiem od zasady jawności jest możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 3 PZP wykonawca ma prawo zastrzec w ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK.

W świetle powołanego powyżej przepisu art. 11 ust. 4 UZNK 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 ich poufności. Można zatem powiedzieć, że aby dana informacja podlegała ochronie musi spełniać następujące warunki: (i) poufności, (ii) braku ujawnienia, (iii) zabezpieczenia informacji. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.

W świetle powyższego, zamawiający jest zobowiązany do tego, aby zbadać czy zastrzeżenie poufności informacji zawarte w ofertach i towarzyszących im dokumentach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało uczynione w sposób prawidłowy. W ocenie Odwołującego informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach oferty przystępującego, które są przedmiotem niniejszego odwołania, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK.

Należy zauważyć, że utajnione dokumenty zostały przedłożone w celu wykazania spełnienia wymogów i warunków udziału w Postępowaniu.

Zauważamy także, że wyjaśnienia Konsorcjum Ingrifo w kwestii posiadania uprawnień przyznanych przez producenta oprogramowania BMC Software dotyczą między innymi jednej z nieskutecznie zastrzeżonej części oferty - to jest Formularza Cenowego. Jeśli ta część oferty nie była skutecznie zastrzeżona w świetle wydanych w sprawie wyroków, to również wszelkie dalsze wyjaśnienia z definicji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważamy przy tym, że część zastrzeżonych obecnie wyjaśnień Konsorcjum Ingrifo dotyczy oświadczenia tego konsorcjum złożonego w ofercie i nie zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jeżeli zatem Konsorcjum Ingrifo oświadczyło wprost, że posiada przyznane uprawnienia producenta oprogramowania, a następnie wskutek odmiennego oświadczenia tegoż producenta, wyjaśnia tę okoliczność w dodatkowych wyjaśnieniach, utrzymanie tych dodatkowych wyjaśnień jako utajnionych przez Zamawiającego, jest co najmniej niezrozumiałe.

W tym kontekście należy ponadto wskazać, iż w dniu 12 czerwca 2014 roku Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, do którego załączył oświadczenie pani Ineke Berends upoważnionej do reprezentacji BMC Software Distribution B.V. z siedzibą w Schiphol Rijk (Holandia). Następnie samo BMC Software Distribution B.V skierowało do Zamawiającego pismo z dnia 31 lipca 2014 roku, w którym jako właściciel praw do oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego, stanowczo zaprzecza jakoby udzieliło przystępującemu

lub którejkolwiek spółce do niego należącej jakichkolwiek uprawnień do maintenance (serwisu) tego oprogramowania.

nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Zastrzeganie informacji zawartych w ofertach stało się, tym samym, sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmują takie zastrzeżenia, nawet, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności. Tymczasem, realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. W szczególności, odnosi się to do kwestii wykazania przez wykonawcę spełnienia wymogów i warunków udziału w postępowaniu.

Dowód: pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2014 roku wraz z oświadczeniem pani I. B. upoważnionej do reprezentacji BMC Software Distribution B.V. z siedzibą w Schiphol Rijk (Holandia)

pismo BMC Software Distribution B.V z 31 lipca 2014 roku

Tymczasem zgodnie z powołanym wyżej pismem z dnia 31 lipca 2014 roku oprócz spółek wchodzących w skład jego konsorcjum, żaden inny podmiot w Postępowaniu nie wystąpił do producenta oprogramowania BMC Software o stosowne uprawnienia umożliwiające opiekę serwisową (maintenance) do oprogramowania BMC Software zgodnie z wymogiem Zamawiającego zawartym w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Biorąc pod uwagę to, że żadna ze spółek wchodzących w skład konsorcjum Odwołującego nie zamierza pełnić roli podwykonawcy dla przystępującego, ani nie mogłaby jej pełnić bez szczególnej zgody BMC Software, jako że zgodnie z zasadami BMC Software jedynie partnerzy BMC Software, którzy otrzymali stosowne uprawnienia mogą oferować dany produkt (i dopiero oni mogą dobierać sobie podwykonawców), oświadczenie tego wykonawcy zawarte w jego ofercie nie może być zatem zgodne ze stanem rzeczywistym.

W świetle przedstawionych w omawianych pismach okoliczności faktycznych oraz prawnych sprawy nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt, że informacje złożone w wyjaśnieniach oferty wykonawcy wybranego pozostają w świetle dokonanych ustaleń informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym i mogą mieć wpływ na wynik Postępowania.

Tymczasem nie może być lepszego źródła potwierdzenia czy dany podmiot uzyskał niezbędne uprawnienia od producenta oprogramowania, niż właśnie ten konkretny producent. t.j. w omawianym przypadku BMC Software Distribution B.V.

producenta oprogramowania. Zapoznanie się z pełną treścią wyjaśnień konsorcjum Ingrifo do oferty ma zatem kluczowe znaczenie dla oceny czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu i przedstawił Zamawiającemu prawdziwe informacje. Nie ma żadnych podstaw aby traktować zastrzeżone wyjaśnienia w inny sposób niż oświadczenie złożone w formularzu stanowiącym załącznik do SiWZ dla Postępowania lub te części oferty, co do których nieuprawnionego zastrzeżenia zarówno KIO, jak i Sąd Okręgowy jednoznacznie wypowiedziały się w swoich prawomocnych orzeczeniach.

Uwagi odnośnie konsekwencji odejścia od SMU opartego na technologii BMC Software

W 1999 roku, w wyniku postępowania przetargowego, ZUS zakupił narzędzia BMC Software wraz z usługami wdrożenia i utrzymania w zakresie monitorowania infrastruktury techniczno-systemowej. Dostawcą licencji BMC Software oraz wykonawcą usług wdrożeniowych była firma CompFort Meridian Polska sp. z

o.o.

W 2010 r., ze względu na postępujące zmiany technologiczne w informatyce, z inicjatywy ZUS powstał projekt wykorzystania posiadanego oprogramowania BMC Software do monitorowania nie tylko zasobów ITS, ale również do mierzenia poziomu dostępności usług biznesowych - celem podniesienia jakości obsługi Klientów ZUS oraz użytkowników wewnętrznych. W wyniku przeprowadzonego postępowania przetargowego, CompFort Meridian Polska sp. z o.o. dostosowała środowisko BMC Software do nowych potrzeb ZUS, w tym m.in. dokonała aktualizacji posiadanego przez ZUS od ponad 10 lat oprogramowania BMC Software.

Tym samym, system monitorowania oparty na oprogramowaniu BMC Software stał się de facto standardem technologicznym w ZUS, a wszystkie inne systemy (dostarczane i wdrażane przez firmy trzecie) były z nim integrowane. Integracja ta polegała w dużej mierze na ujednocnieniu sposobów wymiany danych oraz na przygotowaniu dedykowanych tzw. modułów wiedzy, które pozwalały objąć monitorowaniem wszystkie wymagane przez ZUS obszary funkcjonowania IT.

Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, iż odejście od systemu SMU opartego na technologii BMC wiązałoby się dla ZUS z poważnymi konsekwencjami organizacyjnymi, technologicznymi oraz ekonomicznymi. Na przestrzeni ostatnich lat ZUS poniósł bowiem znaczące wydatki związane z utrzymywaniem i rozwijaniem SMU.

Należy także podkreślić, iż przed rozpoczęciem Postępowania ZUS przeprowadził badania rynkowe, z których wynikało, iż na rynku działa wiele podmiotów oferujących usługi monitorowania oparte na BMC Software. Na przestrzeni lat odbywały się także inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez ZUS, których elementami było oprogramowanie BMC Software. Do postępowań tych (w wielu przypadkach zakończonych podpisaniem umowy) przystępowały takie firmy jak: Comarch, Unizeto,

Sygnity - firmy te dostarczały do ZUS oprogramowanie BMC Software i maintenance BMC Software. Poprzednie postępowania dotyczące utrzymania systemu monitorowania przeprowadzane na przestrzeni ostatnich lat były kontrolowane przez odpowiednie służby. W żadnym z nich nie sformułowano i zarzutów dotyczących technologii BMC Software. Odejście od stosowania tej technologii z wielu względów, o których wspomniano powyżej, nie jest obecnie uzasadnione.

Uwagi odnośnie zarzutu niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia

Zgodnie z treścią rozdz. IV, pkt I, ppkt 2.1 b) SIWZ, o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia polegający na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzech usług, w tym minimum jednej usługi polegającej na integracji monitorowania środowisk MainFrame, Unix, Windows, przy czym przy realizacji tej usługi korzystano z oprogramowania firmy BMC Software.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Konsorcjum Ingrifo przedstawiło referencje wystawione przez BRE BANK, z których wynika, iż dokonało ono „integracji środowiska opartego o następujące komponenty: (...) IBM Tivoli Monitoring wykorzystanego do zarządzania systemami MS Windows,, Unix, Linux, OpenVMS, z/OS.”

Powyższe referencje nie potwierdzają jednak spełnienia przez wykonawcę wybranego ww. warunku udziału w Postępowaniu. Z referencji tej wynika bowiem jedynie, iż w ramach wdrożenia IBM Tivoli Monitoring Ingrifo przyłączyło istniejące środowisko monitorowania MainFrame do rozwiązania IBM Tivoli Monitoring. W praktyce oznacza to, iż nie realizowało ono w środowisku MainFrame żadnych prac integracyjnych polegających m.in. na przygotowaniu narzędzi i rozwiązań do monitorowania MainFrame.

Ponadto, do rzeczywistej realizacji monitorowania platformy MainFrame, oprócz samego systemu z/OS, który został wskazany w referencji BRE Banku, należy dodać zazwyczaj koniecznie infrastrukturę sprzętową, główne podsystemy (DB2, CICS/TS, ADABAS itp.) oraz same aplikacje. Potrzebny jest do tego zespół specjalistów, obejmujący swymi kompetencjami wszystkie kluczowe technologie MainFrame.

Wynika to z faktu, iż pojęcie środowiska Mainframe, o którym mowa w SIWZ, jest dużo szersze niż sam system operacyjny z/OS iub też tak jak zostało to napisane w referencji z BRE Bank „integracja środowiska opartego o następujące komponenty; (...) IBM Tivoli Monitoring wykorzystywanego do zarządzania systemami MS Windows, UNIX/Linux, OpenVMS, z/OS°. Twierdzenie, iż zarządzanie systemem z/OS jest to równoważne z

monitorowaniem środowiska MainFrame z technicznego punktu widzenia należy zatem uznać za całkowicie nieprawdziwe. W ocenie Odwołującego Konsorcjum Ingrifo nie potwierdziło zatem, iż spełnia omawiany warunek udziału w Postępowaniu.

Uwagi odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wybranego.

Odnosząc się z kolei do kwestii ceny oferty wykonawcy wybranego, w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż w momencie wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, tj. w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, powstało domniemanie, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Tym samym ciężar udowodnienia, że oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny obciążał wyłącznie wykonawcę wybranego.

Jak bowiem wynika z utrwalonej linii orzeczniczej wszczęcie procedury z art. 90 ust. 1 p.z.p. ustanawia domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia" (KIO z dnia 10 listopada 2010 r., KIO 2338/10) i to Wykonawca ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska (KIO z dnia 11 lipca 2012 r., KIO 1363/12)

Wynika to z faktu, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę, a także pewien zysk. Domniemanie to upada jednak z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Jak się podkreśla, „[z] momentem wezwania - co wynika z istoty instytucji wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 PZP - na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią Zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust 2 ustawy Pzp“ (KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., KIO 716/13).

Odwołujący zwraca uwagę, iż obowiązek badania ofert, w stosunku do których istnieje wątpliwość co do ceny wynika również wprost z przepisów Dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z art. 55 ust. 1 Dyrektywy jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Jak wynika z ust. 2 tego artykułu przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.

Jak bezpośrednio wskazuje Trybunał [z] powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny; że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne.

Trybunał jednoznacznie wskazuje przy tym, że wykonawca jest zobowiązany przedstawić na wezwanie zamawiającego obiektywne wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny, które mogą w szczególności odnosić się do oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy. Wyjaśnienia te muszą być użyteczne i kompletne

dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 PZP wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 n, KIO 716/13).

Nie powinno zatem ulegać wątpliwości, że w przypadku wezwania wykonawcy przez zamawiającego do wyjaśnień w związku z uzasadnionymi podejrzeniami dotyczącymi oferty z rażąco niską ceną to na wykonawcy ciąży obowiązek przedstawienia możliwie kompletnych i obiektywnych (weryfikowalnych) informacji tak, aby na ich podstawie zamawiający mógł racjonalnie podjąć ostateczną decyzję dotyczącą odrzucenia bądź nie danej oferty.

W świetle argumentów przytoczonych powyżej oraz wobec braku odtajnienia wyjaśnień wykonawcy wybranego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, należy stwierdzić, iż ciężar badania czy wykonawca wybrany skutecznie obalił domniemanie faktyczne w zakresie rażąco niskiej ceny spoczywa na Krajowej Izbie Odwoławczej. W obecnym stanie sprawy pozostali wykonawcy uczestniczący w Postępowaniu nie mają bowiem możliwości zweryfikowania czy wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Ingrifo są wystarczające tzn. czy nie są zbyt ogólne oraz wskazują

jednoznacznie, że Konsorcjum Ingrifo jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za zaproponowaną cenę ofertową.

Odnosząc się natomiast do poszczególnych elementów oferty wykonawcy wybranego, które w opinii odwołującego przesądzają o tym, iż zaoferowana przez nie cena jest ceną rażąco niską, w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż zgodnie z wiedzą rynkową posiadaną przez Odwołującego wartość licencji HP oferowanych przez Konsorcjum uległa w zdecydowanemu zaniżeniu w stosunku do cen podanych w cenniku HP.

Z powyższego zestawienia wynika zatem jednoznacznie, iż ceny licencji i supportu zaoferowane przez Ingrifo są średnio o 75% niższe niż ceny oferowane przez ich dostawcę - firmę HP. Z wiedzy i praktyki jakie posiada Odwołujący wynika, iż w normalnych warunkach rynkowych tak duże różnice w żadnym wypadku nie powinny mieć miejsca.

Na uwagę zasługuje także fakt, iż istotna różnica w wartości usług wykazanej w ofercie wykonawcy wybranego zachodzi w zakresie opieki serwisowej (maintenance) do oprogramowania, wsparcia w utrzymaniu SMU oraz usług serwisowych w zakresie obsługi i diagnozowania incydentów. W tej części Konsorcjum Ingrifo zaproponowało kwotę 9.109.296 zł brutto, podczas gdy Odwołujący 24.511.194 zł brutto. Jest to kwota za utrzymanie (wraz z pełną odpowiedzialnością) całego Systemu Monitorowania Usług w ZUS w ciągu 3 lat wraz ze wsparciem od producenta oprogramowania. Składa się na nią:

maintenance do obecnie posiadanego oprogramowania (jest to oprogramowanie BMC Software), maintenance do nowego oprogramowania, usługi wsparcia oraz usługi serwisowe dla całego systemu SMU.

Wartość ww. usług była liczona przez Odwołującego w sposób następujący:

Faktyczny, niezbędny zespół do świadczenia tego typu usług (dla bardzo skomplikowanego systemu) to minimum 8 osób pracujących w wymiarze pełnego etatu, tj.: 8 osób x 20 dni w miesiącu x 36 miesięcy x średnia stawka 1600 zł netto za dzień pracy = 9.216.000 zł netto x 1,23 = 11.335.860 zł brutto [tj. sama usługa, bez maintenance producenta na okres 3 lat).

Do tej kwoty należy doliczyć maintenance producenta dla obecnego i przyszłego środowiska informatycznego. Rynkowo można określić, że wartość takiego maintenance to między 15%, a 25% wartości wynagrodzenia za udzielenie licencji w okresie jednego roku. Dodatkowo do ww. kwot trzeba doliczyć określone kwoty pokrywające potencjalne ryzyka biznesowe oraz ryzyko kursowe.

Na marginesie należy także dodać, iż system monitorowania w ZUS oparty na rozwiązaniach BMC służy do monitorowania infrastruktury sprzętowej, systemowej, bazodanowej, aplikacyjnej wielu dostawców do ZUS. Na bazie danych z SMU dostawcy są rozliczani za dopełnienie parametrów dostępności ich systemów. Jednym z głównych dostawców infrastruktury (serwery, macierze, oprogramowanie narzędziowe, system SERVICE DESK) do ZUS w ciągu kilkunastu ostatnich lat była i jest firma HP. Jednocześnie jednym z

podstawowych założeń jest to, aby system monitorowania nie był oparty o rozwiązania tych firm, które dostarczają do ZUS sprzęt - wtedy bowiem zawsze istnieje podejrzenie braku wiarygodności - monitorowanie własnym oprogramowaniem samego siebie jest niewskazane z punktu widzenia ZUS zwłaszcza jeśli od tego zależą kwestie opłat. Tymczasem oferta wykonawcy wybranego zgodnie z odtajnionym formularzem cenowym jest oparta w 100% na oprogramowaniu firmy HP. Ponadto zauważalne jest zaniżenie wartości oferty wykonawcy wybranego w zakresie usług dodatkowych - transfer wiedzy, warsztaty i instruktaże. Oferta wykonawcy wybranego w tym zakresie wynosi 1722 zł za 1 dzień, a Odwołującego 5166 zł za 1 dzień.

Zgodnie z SIWZ w ramach Postępowania powinno dojść do transferu wiedzy do przedstawicieli Zamawiającego w postaci instruktaży, warsztatów itp., w zakresie niezbędnym do utrzymania SMU. Zakłada się, że instruktaże i warsztaty odbędą się w wymiarze 100 dni instruktażowo/warsztatowych łącznie przez cały okres obowiązywania umowy, w zakresie działania SMU, instalacji, konfiguracji, zmian w konfiguracji, migracji do nowszych wersji, rozbudowy i modyfikacji oraz funkcjonowania oprogramowania BMC Software w oparciu, o które stworzony został SMU oraz oprogramowania równoważnego dostarczonego w ramach Umowy w przypadku zaoferowania takiego oprogramowania, dla maksymalnie 10 osób. Instruktaże i warsztaty organizowane będą w siedzibie i z wykorzystaniem infrastruktury Zamawiającego. W uzasadnionych przypadkach, za zgodą obydwu stron, dopuszcza się możliwość przeprowadzenia instruktaży i warsztatów w innej lokalizacji przy wykorzystaniu innej infrastruktury niż infrastruktura Zamawiającego.

Cena 1 722 zł brutto za 1 dzień powyżej wymienionych warsztatów dla 10 osób jest zdaniem Odwołującego zdecydowanie zaniżona. Są to specjalistyczne warsztaty wraz z transferem wiedzy (know-how) i wymagają prowadzenia tego typu warsztatów przez najwyższej klasy specjalistów. Wartość oferty wykonawcy wybranego w tym zakresie, na podstawie rozeznania rynku, uznajemy zatem za cenę rażąco niską.

Należy także wskazać, iż na rynku występują także szkolenia znacznie droższe od wskazanych powyżej. Tytułem przykładu poniżej przedstawiamy cennik szkoleń firmy HP - są to ceny netto za 1 osobę, bez hoteli i wyżywienia. Dane poniższe pochodzą ze strony internetowej firmy HP: 2.4.22. Ponadto należy wskazać, iż bazując na doświadczeniach Konsorcjum Ingrifo, znajomości stopnia skomplikowania środowiska ZUS oraz procedur dotyczących eksploatacji systemów IT u Zamawiającego, należy przypuszczać, że wycena wsparcia całego środowiska nie uwzględnia: kosztów przebudowy interfejsów integracyjnych ze środowiskiem Mainframe, (prawdopodobnie koszt ten został „przerzucony” na Zamawiającego),

kosztów przeniesienia monitorowania usługowego realizowanego w BMC do HP (zgodnie z SIWZ, monitorowanych jest ok. 40 000 elementów konfiguracji. Zakładając, że przeniesienie

mechanizmów to ok. 10 000 RBH na element konfiguracji, potrzeba zatem 10 000 RBH, co przy stawce 150 PLN / RBH daje 1 500 000 PLN - kwota ta nie została uwzględniona w ofercie Konsorcjum Ingrifo),

kosztów przebudowy interfejsu integracyjnego z platformą raportowo- analityczną (Business Objects) oraz modyfikacji istniejących raportów,

przebudowy interfejsów innych systemów w ZUS w tym systemu KSi (Kompleksowy System Informatyczny), które od wielu lat są zintegrowane ze środowiskiem monitorowania SMU opartego o oprogramowanie BMC Software (prawdopodobnie koszt ten został „przerzucony” na Zamawiającego),

Przyjęcie przez Konsorcjum Ingrifo błędnych założeń do wyliczenia kosztów usługi spowodowane jest brakiem doświadczenia w obszarze narzędzi BMC wykorzystywanych w ZUS. Z drugiej zaś strony bazowanie wyłącznie na doświadczeniu związanym z innymi systemami (HP, IBM) może prowadzić do błędnych wniosków i kalkulacji. W konsekwencji, brak uwzględnienia ww. kosztów pozwala przypuszczać, że Konsorcjum Ingrifo nie będzie w stanie wywiązać się z zobowiązań wynikających z umowy z Zamawiającym, lub będzie starało się wymóc realizację ww. zadań przez Zamawiającego. Podana przez Konsorcjum Ingrifo cena ofertowa jest zatem w ocenie Odwołującego ceną rażąco niską, na co wskazuje także różnica pomiędzy nią a wartością szacunkową zamówienia w Postępowaniu (ponad 38 mln złotych). Wynika z tego, że sam Zamawiający znając swój system i skalę projektu, przewidywał konieczność poniesienia wydatków na wartość nieomal trzykrotnie większą od oferty wykonawcy wybranego.

Uwagi odnośnie zarzutu braku autoryzacji BMC dla oferty wykonawcy wybranego

Należy z całą mocą podkreślić, iż w ocenie odwołującego wykonawca wybrany nie dysponuje odpowiednią autoryzacją BMC Software dla swej oferty, co wyklucza możliwość realizacji usług maintenance. Zgodnie z procedurami wewnętrznymi BMC Software, Partnerami BMC mogą zostać firmy, które złożyły odpowiednią aplikację do BMC (formularz jest dostępny na stronie www.bmc.com) i przeszły przez procedurę planowania strategii (przygotowanie business plan) i weryfikacji businessowej akceptacji w BMC Software a następnie specjalistycznych szkoleń. Proces ten trwa kilka miesięcy. Produkty BMC Software są sprzedawane jedynie przez partnerów BMC Software bezpośrednio do klientów końcowych. W wyjątkowych i uzasadnionych wypadkach jest możliwe, aby partner BMC Software został podwykonawcą innego podmiotu (nie będącego partnerem BMC Software) ale wymaga to uprzedniej, indywidualnej zgody BMC Software, wydanej w związku z konkretnym projektem i klientem. Partnerzy BMC Software znają zasadę, że bez posiadania takiej indywidualnej zgody na konkretny projekt, nie mogą zostać podwykonawcami podmiotów trzecich.

Partner BMC, który składa klientowi ofertę sprzedaży produktów BMC Software zna zasadę (formalną procedurę), że taka oferta dla swojej ważności musi zostać potwierdzona przez BMC Software, które to BMC Software wydaje w takim przypadku tzw. kwotację. Wydanie kwotacji jest warunkiem niezbędnym ważności oferty w przypadku składania oferty klientowi końcowemu, a wydanie indywidualnej zgody na podwykonawstwo jest warunkiem ważności oferty złożonej podmiotowi nie będącemu klientem kwotacje wystawione przez BMC Software Distribution BV z siedzibą w Holandii dla Comfort Meridian Polska sp, z o.o. w związku z Postępowaniem. Podmiot niebędący partnerem BMC nie może samodzielnie uzyskać zgody na świadczenie usług maintenance oprogramowania BMC Software. Jest to wysokiej klasy specjalistyczne oprogramowanie, które wymaga obsługi osób odpowiednio przeszkolonych. Szkolenia w tym zakresie przechodzą partnerzy BMC Software. W Europie podmiotem decydującym we wszystkich sprawach związanych z własnością intelektualną do oprogramowania oraz wydającym kwotacje (ewentualnie indywidualną zgodę na podwykonawstwo dla partnerów BMC Software), jest BMC Software Distribution BV z siedzibą w Holandii.

Dowód: pismo BMC Software p.t. „Zasady obowiązujące w BMC Software dotyczące partnerstwa, ofertowania/kwotacji, itp. (wyciąg z Umów Partnerskich oraz regulaminów wewnętrznych)”

Procedura powyższa jest w pełni znana wykonawcy wybranemu, gdyż jego reprezentant (Pan Jarosław Gawryś) jeszcze w czasie zatrudnienia w Devoteam SA, przeszedł pełne szkolenie w tym zakresie w USA. Procedura ta nota bene jest w zasadzie identyczna w firmie HP, której rozwiązania proponuje w Postępowaniu wykonawca wybrany.

Dowód: dokumenty potwierdzające udział Pana J. G. w szkoleniu BMC Software

Dodatkowo jak jednoznacznie wynika z załączonego do niniejszego odwołania pisma BMC Software Distribution BV z siedzibą w Holandii, BMC Software nie udzieliło wykonawcy wybranemu lub którejkolwiek spółce do niego należącej jakichkolwiek uprawnień do maintenance (serwisu) omawianego oprogramowania, w tym kwotacji niezbędnej dla realizacji zamówienia objętego przedmiotowym Postępowaniem. Warto przy tym wskazać, że po powzięciu przez BMC Software wiedzy, że wykonawca wybrany oświadcza, iż posiada uprawnienia BMC Software, spółka ta zwróciła się bezpośrednio do uczestników Konsorcjum z żądaniem natychmiastowego zaprzestania wprowadzania w błąd Zamawiającego i uznając takie działanie za nieuczciwą konkurencję.

W załączeniu przedkładam także pismo BMC Software Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, potwierdzające uprawnienia BMC Software Distribution BV z siedzibą w Holandii do udzielania licencji na produkty, serwis i maintenance oprogramowania BMC w Polsce.

Dowód: pismo BMC Software do wykonawcy wybranego z dnia 6 sierpnia 2014 roku wraz z pismem Odwołującego z 2 października 2014 roku pismo BMC Software Inc z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, z 4 grudnia 2014 roku

Na uwagę zasługuje ponadto fakt, iż już po złożeniu Oferty, wykonawca wybrany podejmowało nieudane próby pozyskania kwotacji od zagranicznych partnerów BMC Software, którzy mieliby wówczas pełnić rolę jego podwykonawcy. W tym miejscu należy przywołać okoliczność, że oświadczenie wykonawcy wybranego co do posiadania uprawnień zostało złożone w czasie teraźniejszym na moment Oferty (to Jest 16 maja 2014). Poza tym wskazujemy, że próby podejmowane przez przystępującego jako sprzeczne z zasadami udzielania uprawnień BMC Software, o czym była mowa wyżej, były nieudane.

Dowód: korespondencja mailowa wykonawcy wybranego z firmą Matrix z siedzibą w Izraelu zawierająca prośbę przystępującego o wsparcie z zakresu licencji BMC

Ponadto przedstawiciele wykonawcy wybranego w toku spotkania z reprezentantem BMC Software Panem M. C. ubiegali się o udzielenie niezbędnych licencji. W trakcie spotkania poinformowano przystępującego o warunkach partnerstwa z BMC. Przedstawiciel BMC przekazał, iż tylko partner może dostać kwotację na wsparcie, a więc należy przejść pełny proces dojścia do partnerstwa, który trwa kilka miesięcy. Poinformowano także, że wykonawca wybrany przed uzyskaniem partnerstwa musi przygotować business plan. Po kilku tygodniach wykonawca wybrany poinformowało reprezentanta BMC, iż nie przygotuje business planu i nie zamierza ubiegać się o partnerstwo z BMC. Podkreślić należy zatem, że wykonawca wybrany nie spełnił opisanych powyżej wymogów współpracy z BMC Software. Powyższe oznacza, że przystępujący nie może zaoferować ww. usług Zamawiającemu, a wszelkie odmienne oświadczenia zamieszczone w formularzu ofertowym tego konsorcjum (w tym w szczególności w pkt IV ppkt 6 i 7 Formularza Ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do Oferty) stanowią informacje nieprawdziwe. Zawarcie zatem umowy przez Zamawiającego z wykonawcą wybranym z założenia skutkowałoby niemożnością wykonania tej umowy w całości i pozbawienie Zamawiającego oczekiwanego przez niego zgodnie z SIWZ dostępu do kanałów serwisowych BMC Software oraz praw do patch'y, poprawek i nowych wersji oprogramowania.

Wnioski końcowe

Reasumując, z uwagi na objęcie przez wykonawcę wybranego tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonej w Postępowaniu oferty, oczywistym jest, w świetle przywołanych powyżej argumentów natury prawnej i faktycznej, że wszystkie informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK, gdyż podobnie jak w odniesieniu do samej oferty okoliczność ta nie została udowodniona przez wykonawcę wybranego, co potwierdziły również wydane wyroki KIO i Sądu Okręgowego.

Należy zatem stwierdzić, że wykonawca wybrany bezpodstawnie skorzystało z klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym stanie rzeczy, obowiązkiem Zamawiającego było przeprowadzenie rzetelnej weryfikacji poszczególnych informacji utajnionych przez wykonawcę wybranego i ich odtajnienie (szczególnie po uzyskaniu orzeczeń KIO i Sądu Okręgowego), czego Zamawiający jednak bezzasadnie nie dokonał.

Zamawiający zobowiązany jest do rzetelnego ustosunkowania się do zaistniałej sytuacji i zweryfikowania podanych przez Konsorcjum Ingrifo informacji, które pozostają w jawnej sprzeczności z informacjami pochodzącymi od podmiotu praw do oprogramowania. W konsekwencji Zamawiający powinien uznać, iż Konsorcjum Ingrifo przekazało mu nieprawdziwe informacje w zakresie dysponowania uprawnieniami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia i wykluczyć tego wykonawcę z Postępowania.

Ponadto przyjęcie przez Konsorcjum Ingrifo błędnych założeń do wyliczenia kosztów usługi spowodowane jest brakiem doświadczenia w obszarze narzędzi BMC wykorzystywanych w ZUS, Z drugiej zaś strony bazowanie wyłącznie na doświadczeniu związanym z innymi systemami (HP, IBM) może prowadzić do błędnych wniosków i kalkulacji. W konsekwencji, brak uwzględnienia ww. kosztów pozwala przypuszczać, że Konsorcjum Ingrifo nie będzie w stanie wywiązać się z zobowiązań wynikających z umowy z Zamawiającym, lub będzie starało się wymóc realizację ww. zadań przez Zamawiającego. Podana przez Konsorcjum Ingrifo cena ofertowa jest zatem w ocenie Odwołującego cena rażąco niską, na co wskazuje także różnica pomiędzy nią a wartością szacunkową zamówienia w Postępowaniu (ponad 38 mln złotych).

Przedłożone przez Konsorcjum Ingrifo referencje BRE Banku nie potwierdzają dysponowania przez tego wykonawcę doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. W konsekwencji należy uznać, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i powinien być z niego wykluczony.

Pismem z dnia 18 grudnia 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości przedstawiając w tym zakresie wyczerpującą argumentację formalną i prawną.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ żaden z zarzutów nie potwierdził się w wyniku przeprowadzonych na rozprawie dowodów w sprawie.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie ustalono i zważono jak poniżej

Co do zarzutów: braku zapewnienia opieki serwisowej (maintenance) do oprogramowania BMC Software oraz zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w związku z wyjaśnieniami w tym zakresie.

Zarzuty nie potwierdziły się.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania to jest SIWZ, oferty wykonawcy wybranego oraz wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 Pzp co do wsparcia oprogramowania BMC Software jak i podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazane przez zamawiającego jak i przystępującego w sprawie wykonawcy wybranego.

Z treści oferty złożonej przez wykonawcę wybranego wynika, że oferuje dostawę licencji wraz z opieką serwisową oraz usługi wsparcia dla Systemu Monitorowania Usług IT w ZUS. Jednocześnie oświadcza, że oferowany przedmiot umowy zamówienia spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w Opisie przedmiotu Zamówienia zawartym w Rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W punkcie 4 Oferty przeznaczonym dla określenia części zamówienia przeznaczonego dla podwykonawców stwierdza się, że „Podwykonawcom zamierzamy powierzyć wykonanie zamówienia w części dotyczącej opieki serwisowej (maintenance) do oprogramowania BMC Software”.

Z powyższego oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym wykonawcy wybranego wynika, że jeżeli chodzi o sporną opiekę serwisową do oprogramowania producenta BMC Software to wykonawca wybrany/ przystępujący powierzy ją podwykonawcom.

Powyższe oświadczenie złożone w ramach oferty nie narusza w żaden sposób postanowień SIWZ co do osobistego świadczenia przedmiotu zamówienia. Zlecenie opieki serwisowej w stosunku do oprogramowania producenta BMC Software jest dopuszczalne w ramach obowiązujących postanowień SIWZ. Z żadnych bowiem postanowień SIWZ nie wynika obowiązek osobistego świadczenia wykonawcy wybranego w tym zakresie. Zresztą żadna ze stron tego postępowania takiego twierdzenia w toku postępowania odwoławczego nie podniosła.

Natomiast istotnym w sprawie dalej jest, iż z punktu 6 rozdziału IV „Oświadczenia” tegoż formularza ofertowego wykonawcy wybranego wynika, że „Oświadczamy, że w zakresie

świadczenia usług opieki serwisowej (maintenance) dla zaoferowanego oraz będącego w posiadaniu Zamawiającego oprogramowania, posiadamy przyznane przez producenta tego oprogramowania uprawnienia umożliwiające stały dostęp do oficjalnego kanału rejestracji i obsługi zgłoszeń serwisowych, bazy wiedzy zawierającej informacje o znanych błędach i sposobach ich rozwiązywania, patch'y, poprawek oraz innych elementów służących naprawie błędów, w zakresie wynikającym z przysługującym twórcy programu komputerowego praw wyłącznych". Ponadto oferta wykonawcy wybranego zawiera również oświadczenie wpisane w treść punktu 7 zgodnie z którym „Oświadczamy, że posiadamy prawo do udzielenia licencji/sublicencji na zaoferowane oprogramowania (w przypadku zaoferowania oprogramowania, którego użytkowanie wymaga oddzielnej licencji)".

Wbrew tym jednoznacznym oświadczeniom wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie odwołujący w postępowaniu przed zamawiającym jak i w postępowaniu odwoławczym dowodził, że oświadczenie to jest niezgodne z prawdą podnosząc zarzut naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.2pkt 3 ustawy Pzp z powodu nie wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania.

Izba badając podniesiony zarzut przez odwołującego dopuściła szereg dowodów w sprawie jak poniżej.

W dniu 31 lipca 2014r. pocztą elektroniczną na adres zamawiającego, to jest ZUS, BMC Software Distribution The Netherlands przesłało pismo, w którym informuje, że w prowadzonym postępowaniu jedno z konsorcjów wykonawców złożyło nieprawdziwe oświadczenie w zakresie oraz sposobie wsparcia usług dla Systemu Monitorowania Usług IT w ZUS gdzie wykonawca przez cały okres trwania Umowy zapewni Zamawiającemu wsparcie (maintenance) na wskazane oprogramowanie BMC Software posiadane przez Zamawiającego w chwili podpisania umowy.

Oczywistym jest, że zarzut postawiony wobec jednego z wykonawców dotyczy wykonawcy wybranego, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu tylko dwóch wykonawców złożyło oferty to jest odwołujący i przystępujący.

Na podstawie dowodów przeprowadzonych na rozprawie z oryginalnej dokumentacji postępowania okazanej przez zamawiającego Izba ustaliła jak poniżej.

Zamawiający pismem z dnia 14.08.2014r. wystąpił do wykonawcy wybranego/przystępującego na podstawie art.87 ust.1 ustawy Pzp. o dodatkowe wyjaśnienie oświadczeń o których mowa w Rozdz. III ust.4 i w Rozdz. IV ust.6 w treści złożonej oferty w

stosunku do załączonego pisma to jest pisma powyżej opisanego BMC Software Distribution The Netherlands przesłanego 31 lipca 2014r. pocztą elektroniczną na adres zamawiającego.

Wykonawca wybrany pismem z dnia 22 sierpnia 2014r. złożył odpowiedź na wezwanie zamawiającego zastrzegając jednocześnie treść tego pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie powinna być udostępniana publicznie. Z treści tego pisma między innymi wynika, że jak już wyjaśniano w piśmie z dnia 1 lipca 2014r. wykonawca w zakresie oprogramowania BMC Software zamierza korzystać z podwykonawcy przy wykonywaniu zamówienia w części dotyczącej opieki serwisowej (maintenance). Oświadcza, że podwykonawca jest oficjalnym partnerem biznesowym producenta tegoż oprogramowania czyli BMC Software Inc z siedzibą w Houston w USA i posiada uprawnienie wymagane w niniejszym postępowaniu przez zamawiającego. W piśmie tym przystępujący zwraca uwagę, że ma istotne podstawy podejrzewać, że BMC Software Distribution B.V. wspiera odwołującego w ich próbie „zmonopolizowania” niniejszego zamówienia, co jest czynem nieuczciwej konkurencji i zmierza do uzyskania jak najwyższej ceny za realizację zamówienia.

Podobnie pismem z dnia 29.06.2014r. zamawiający w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. przedmiotową kwestię chciał wyjaśnić w związku z usługami wsparcia dla posiadanego Systemu Monitorowania Usług opartego na oprogramowaniu BMC Software.

Na to pismo w dniu 01.07.2014r. wykonawca wybrany złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. W piśmie tym potwierdził ponownie, że będzie świadczyć w okresie trzech lat od podpisania umowy usługi wsparcia dla posiadanego przez Zamawiającego Systemu Monitorowania Usług opartego na oprogramowaniu BMC Software oraz dostawy oprogramowania, z licencjami na czas nieokreślony i opieki serwisowej.

Pismem z dnia 06.11.2014r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy wybranego o wyjaśnienia w związku z opatrzeniem klauzulą Tajemnicy przedsiębiorstwa następujących odpowiedzi wykonawcy wybranego to jest 03.06.2014r. wezwania w trybie art.90 ust.1; odpowiedzi z dnia 16.06.2014r. na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz 16.06.2014r. do wyjaśnień dot. potwierdzenia spełnienia wymagań zawartych w OPZ i sposobu licencjonowania, odpowiedzi z 01.07.2014r. wyjaśnień w sprawie zasad licencjonowania ; pisma z dnia 07.07.2014r. zastrzeżenia przebiegu testu jako tajemnicy przedsiębiorstwa; odpowiedź z dnia 08.07.2014r. w sprawie testu; arkusza testowego, odpowiedzi z dnia 22.08.2014r. wyjaśnienia w związku z pismem BMC Software.

Na powyższe wezwanie zamawiającego wykonawca wybrany udzielił odpowiedzi w dniu 19 listopada 2014r. w której uzasadniając powody zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wskazanych pismach stwierdził „ W konsekwencji pisma te nie powinny być udostępniane innym wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie jak podmiotom trzecim”.

Izba w przedmiotowym zakresie zarzutów to jest co do opieki serwisowej oprogramowania BMC Software i zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na okoliczności wyjaśnienia tych zarzutów przeprowadziła dowody wskazane przez odwołującego na rozprawie a w szczególności dowody wskazane w odwołaniu jak poniżej.

BMC Software Distribution B.V. Holandia oferta cenowa – materiał poufny.

Pismo z dnia 25 listopada 2014r. informacja dla wykonawców od zamawiającego w związku z ogłoszonym wyrokiem w dniu 13.11.2014r. oraz Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Sygn. akt V Ca 2953/14. W związku z publikacją Wyroku i ustnymi motywami rozstrzygnięcia zamawiający odtajnił w ofercie wykonawcy wybranego następujące dokumenty: wykaz osób, wykaz usług wraz z referencjami i ofertę. W pozostałym zakresie zamawiający nie odtajnia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa uznając wyjaśnienia w tym zakresie za wystarczające do ochrony informacji wykonawcy wybranego.

Pismo BMC wystawione przez M. C. jako przedstawiciela handlowego pt Zasady obowiązujące w BMC Software dotyczące partnerstwa, ofertowania/kwotacji itp. Dowód z dokumentu pn. Zasady obowiązujące w BMC Software dotyczące partnerstwa, ofertowania/”kwotacji” itp.(wyciąg z Umów partnerskich oraz wewnętrznych regulaminów). Z treści dokumentu wynika, że partnerami BMC mogą zostać firmy, które wypełnią formularz znajdujący się na stronie internetowej BMC, następnie przygotowują business plan, przejdą weryfikację BMC a dalej odbędą szkolenia techniczne i sprzedażowe. Proces ten trwa kilka miesięcy. Produkty BMC są sprzedawane jedynie przez partnerów BMC bezpośrednio do klientów końcowych. (...)”W wyjątkowych i uzasadnionych wypadkach jest możliwe aby partner BMC Software został podwykonawcą innego podmiotu (nie będącego partnerem BMC Software) ale wymaga to uprzedniej indywidualnej zgody BMC Software, wydanej w związku z konkretnym projektem i klientem. Partnerzy BMC Software znają zasadę, że bez posiadania takiej zgody na konkretny projekt, nie mogą zostać podwykonawcami podmiotów trzecich”. Każdy partner BMC zna zasadę potwierdzenia oferty dla klienta końcowego przez BMC co w ich slangu nazywa się „kwotacją”. Natomiast w przypadku podwykonawstwa wymagana jest indywidualna zgoda BMC. (...)”Podmiot nie będący partnerem BMC nie może samodzielnie uzyskać zgody na świadczenie usług maintenance oprogramowania

BMC Software. Jest to wysokiej klasy specjalistyczne oprogramowanie(...). (...)”W Europie podmiotem decydującym we wszystkich sprawach związanych z własnością intelektualną do oprogramowania oraz wydającym kwotację (ewentualnie indywidualną zgodę na podwykonawstwo dla partnerów BMC Software) jest BMC Software Distribution BV z siedzibą w Holandii.

Pismo to zostało wskazane jako dowód na potwierdzenie swoich twierdzeń zarówno przez odwołującego w odwołaniu jak i przystępującego to jest wykonawcą wybranego na rozprawie - to jest twierdzeń przeciwstawnych.

Izba przeprowadziła również dowód z przesłuchania w charakterze świadka Pana G. V. D. Dyrektora BMC Dystrybucja z Holandii, z zeznań którego wynika.

świadek jest członkiem zarządu BMC Distribution z siedzibą w Holandii. Potwierdza, iż BMC Distribution jest uprawniona jako spółka do dystrybucji i sublicencjonowania produktów BMC inc..Na pytanie odwołującego, czy na dzisiejszym posiedzeniu otrzymał również Pan upoważnienie do wypowiadania się w imieniu producenta, czyli BMC Software inc z siedzibą w Huston, odpowiada, tak zostałem upoważniony również. Na pytanie, czy spółka BMC inc jako producent dało upoważnienie do serwisowania i utrzymania oprogramowania będącego w użytkowaniu ZUS BMC na rzecz INGRIFO Sp. z o.o. Sp. k, w Warszawie i Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku, odpowiedź brzmi, nie jest pewien. Na pytanie pełnomocnika odwołującego, świadek zeznaje, że podmiotem uprawnionym do obsługi oprogramowania, którego producentem jest BMC inc jest CompFort Meridian Polska and Devoteam S.A. Na pytanie, do kogo autoryzowani partnerzy mogą sprzedawać produkty, odpowiada, że autoryzowani partnerzy mogą sprzedawać produkty do innych autoryzowanych partnerów i końcowych użytkowników, czyli tylko do tych 2 kategorii podmiotów. Na pytanie, co rozumie przez ostatecznego użytkownika, który będzie używał oprogramowanie bez prawa do dalszej sprzedaży postępowania, odpowiada, że takim ostatecznym użytkownikiem jest ZUS.

Na pytanie zamawiającego, czy S&T z Rumunii mogło sprzedać uprawnienie do wsparcia oprogramowania INGRIFO lub Sevenet, stwierdza, że nie, zgodnie z umową. Na pytanie, czy autoryzowany partner BMC Software może być podwykonawcą innego podmiotu, który nie jest autoryzowanym partnerem BMC, odpowiada, że nie, bo zawsze musi być nawiązany stosunek prawny między BMC, a takim podmiotem.

Na pytanie pełnomocnika przystępującego, czy spółki Comarch, Aseco były kiedykolwiek partnerami BMC, odpowiedź jest, nie wiem. Na pytanie, czy istnieją terytorialne zakazy sprzedaży ograniczone, co do terytorium, odpowiada, jesteśmy w UE, więc takich ograniczeń nie możemy stosować. Na pytanie, od kiedy świadek jest odpowiedzialny za polski rynek w ramach spółki, którą dzisiaj reprezentuje, odpowiada, że trudno odpowiedzieć, rozpocząłem

tę pracę od kwietnia 1992 r.. Na pytanie, czy M. C. jest upoważniony do składania oświadczeń w imieniu BMC, odpowiedź jest nie, pytanie jest niekonkretne ten Pan jest przedstawicielem handlowym w BMC w Polsce. Na pytanie, czy Pan M. C. może wypowiadać się, co do zasad autoryzacji i kwotowania, odpowiedź jest, że trudno jest mi powiedzieć, ale ten Pan jest przedstawicielem handlowym BMC na teren Polski, więc w tej roli widzi w zakresie kwotowania, ale on nam nie może, jako osobom pracującym w BMC Distribution, nie mówić co mamy robić. Na pytanie, czy BMC Distribution odmawiało kwotacji innym niż CompFort Meridian i Devoteam do postępowania w ZUS-ie, odpowiedź jest, nic mi nie wiadomo o jakichkolwiek odmowach.

Z zacytowanych częściowo wypowiedzi świadka wynika, że nie wchodzi w rachubę co do zasady sprzedaż produktów i usług BMC innym niż autoryzowani partnerzy BMC oraz użytkownikom końcowym.

Temu zeznaniu przeczy oświadczenie przedstawiciela autoryzowanego partnera BMC Pana M. C., który stwierdza taką możliwość w drodze wyjątku na podstawie indywidualnej umowy.

Do odwołania załączono jeszcze kolejne pisma wskazujące na wyłączność odwołującego oraz nie udzielenie autoryzacji wykonawcy wybranemu do wsparcia oprogramowania BMC Software.

Pismo odwołującego z dnia 2 października 2014r. do zamawiającego na okoliczność wprowadzania w błąd przez wykonawcę wybranego i na to, że „Nie budzi też najmniejszych wątpliwości, że obecnie BMC Software takich uprawnień tej spółce nie udzieli.” to jest wykonawcy wybranemu.

Pismo z 6 sierpnia 2014 BMC Software Dystrybucja Holandia do Ingrifo Sp. z o.o. Sp.k. (wykonawca wybrany) ”Sprawdziliśmy naszą dokumentację i Państwa firma nie żadnych stosunków partnerskich z BMC”.

Pismo z dnia 4 grudnia 2014r. do odwołującego od BMC INc potwierdza, że BMC Dystrybucja Holandia jest uprawnionym dystrybutorem i sublicencjodawcą produktów BMC Software oraz usług wsparcia i serwisowania na terytorium Polski.

Pismo przywoływane powyżej przez zamawiającego pocztą elektroniczną z dnia 31 lipca 2014r. od BMC Dystrybucja Holandia do ZUS-u.

Pismo odwołującego do zamawiającego z dnia 12 czerwca 2014r. w celu wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania (zawiera oświadczenie Pani I. B. z BMC Dystrybucja Holandia).

Wniosek odwołującego do zamawiającego z dnia 14 listopada 2014r. o odtajnienie całości wyjaśnień wykonawcy wybranego i udostępnienia wszystkich wyżej wymienionych dokumentów do wglądu przedstawicielom odwołującego.

Ponowny Wniosek z dnia 19 listopada 2014r. odwołującego o odtajnienie do 21 listopada 2014r. oferty i wszystkich wyjaśnień pod rygorem środków ochrony prawnej.

Pismo zamawiającego z dnia 25 listopada 2014r. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego w sprawie. Z pisma wynika, że złożono dwie oferty to jest odwołujący i przystępujący w sprawie (wykonawca wybrany). Przy czym odwołujący złożył ofertę na kwotę 36.385.470,09 zł. a wykonawca wybrany na kwotę 14.979.404,00zł. przy jedynym kryterium ceny w trybie przetargu nieograniczonego.

Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2014r. w sprawie KIO 1384/14 z sentencji wyroku wynika, że nakazuje się zamawiającemu odtajnienie wykazu wykonanych usług, referencji, wykazu osób, formularza cenowego.

Na rozprawie pełnomocnik przystępującego złożył dwa dowody z zastrzeżeniem tajemnicy:

1. Zawierający oświadczenie z dnia 06.05.2014r. skierowane do przystępującego z którego wynika między innymi, że jako „Podwykonawca konsorcjum firm Ingrifo Sp. z o.o. Sp. K. (Pełnomocnik) oraz Sevenet S.A. w zakresie świadczenia usługi opieki serwisowej (maintenance) dla będącego w posiadaniu Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (ZUS) ul. Szamocka 3,5 Warszawa oprogramowania BMC Software posiada przyznane przez producenta tego oprogramowania uprawnienia umożliwiające stały dostęp do oficjalnego kanału rejestracji i obsługi zgłoszeń serwisowych, bazy wiedzy zawierającej informacje o znanych błędach i sposobach ich rozwiązywania, patch'y, poprawek oraz innych elementów służących naprawie błędów w zakresie wynikającym z przysługującym twórcy programu komputerowych praw wyłącznych. Oświadczamy, że posiadane przez nas uprawnienia nie zawierają żadnych ograniczeń uniemożliwiających lub utrudniających prawidłowe wykonanie wyżej wskazanej części przedmiotu zamówienia.” W dalszej części zobowiązania podwykonawca zobowiązuje się między innymi do wykonania zamówienia zgodnie z wszystkimi wymogami zamawiającego w tym umowy, w tym (...), „do dostarczania

ZUS nowych lub poprawionych wersji instalacyjnych oprogramowania BMC Software w zakresie SMU, w terminie 4 tygodni od ich wprowadzenia na rynek europejski przez producenta(...).

2. Korespondencja mailowa z podwykonawcą w zakresie otrzymanej kwotacji dla ZUS-u na produkty BMC oraz wsparcie wycena dla ZUS.

W związku z przeprowadzonymi na rozprawie dowodami w sprawie oraz argumentacją stron i uczestnika, Izba nie stwierdza po pierwsze złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę wybranego co do możliwości wykonania usługi wsparcia oprogramowania BMC Software w ramach podwykonawstwa. Postanowienia SIWZ dopuszczają w tym zakresie podwykonawstwo. Wykonawca w ofercie zaznaczył, że w tym zakresie posłuży się podwykonawstwem. Na rozprawie złożył bezsporny dowód na dysponowanie podwykonawcą dla przedmiotowej usługi.

W ocenie Izby Odwołujący i BMC Dystrybucja Holandia w sposób uciążliwy ale po przeprowadzeniu rozprawy należy stwierdzić, że również w sposób nieuprawniony domagają się odtajnienia informacji na temat kto będzie podwykonawcą. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie nie ma podstaw do przyznania racji twierdzeniom odwołującego, że nie jest dopuszczalne podwykonawstwo na usługi wsparcia oprogramowania. O takiej możliwości Izba powzięła informację z pisma Pana M. C. tym bardziej, że zarówno odwołujący jak i przystępujący złożyli to pismo w poczet dowodów a świadek Pan G. V. D. potwierdził, że Pan M. C. jest przedstawicielem handlowym. Pomimo, że świadek Pan G. V. D. nie dopuszczał możliwości usługi wsparcia oprogramowania w formie podwykonawstwa to jednak nie wskazał żadnych bezwzględnych zakazów czy to prawnych czy to technologicznych, które by nie dały możliwości porozumienia się również w formie podwykonawstwa. Tym bardziej, że z zastrzeżonego dowodu wynika, że taka forma została dopuszczona. Oświadczenie podwykonawcy złożone w języku polskim i angielskim w wersji oryginalnej zarówno co do treści jak i formy nie budzi zastrzeżeń Izby. Natomiast atmosfera podejrzliwości i nadmiernej w ocenie Izby ingerencji w kwestii kto będzie podwykonawcą zarówno na etapie postępowania przed zamawiającym, jak i na etapie postępowania odwoławczego przekonała Izbę o celowości uprawnienia wykonawcy wybranego do chronienia nazwy podmiotu. W ocenie Izby wykonawca wybrany w sposób legalny przełamał zasadę, że tylko autoryzowany partner i uczestnik końcowy mogą realizować usługę wsparcia oprogramowania BMC Software. Odwołujący nie wykazał bezwzględnych przeszkód do złamania jako jedynie dopuszczalnej relacji autoryzowany

partner BMC i odbiorca końcowy. Tym bardziej, że formuła podwykonawcy – wykonawcy - odbiorcy końcowego a nie formuła partnera autoryzowanego - odbiorcy końcowego, dała tak znaczne obniżenie ceny oferty na korzyść formuły z udziałem podwykonawcy. W związku z powyższym, że po raz pierwszy w praktyce zamawiającego powstała możliwość uzyskania zamówienia w procedurze przetargowej, Izba postanowiła ochronić tajemnicę wykonawcy wybranego co do podmiotu, który przyczynił się do konkurencyjności postępowania. Reasumując Izba uznała, że ochrona wyjaśnień przed ich upublicznieniem na temat osoby podwykonawcy oraz dowodu złożonego na rozprawie na poczet podwykonawstwa, zasługuje na uwzględnienie.

W związku z tym Izba nie uwzględnia żądania odtajnienia nazwy podmiotu, który będzie podwykonawcą.

Tym bardziej, że Wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 13 listopada 2014r. o Sygn. akt. V Ca 2953/14 oddalono skargę na Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2014r. o Sygn. akt KIO 1384/14 którym nakazano odtajnienie ale Wykazu wykonanych usług, referencji, wykazu osób, formularza cenowego a nie nazwy podwykonawcy.

Co do zarzutów: rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego oraz nie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego.

Zarzuty nie potwierdziły się

Zarzut co do rażąco niskiej ceny

Zamawiający zawniioskował przeprowadzenie dowodów następujących:

Zamawiający pismem z dnia 27.05.2014r. wezwał wykonawcę wybranego na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp. do wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz sposobu w jaki te elementy wpłynęły na cenę oferty.

Wykonawca wybrany/przystępujący w sprawie pismem z dnia 3 czerwca 2014r. złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty. Przy czym we wstępie wyjaśnień na mocy art. 8 ust.1 ustawy pzp. zastrzegł nie udostępnianie ich do wiadomości publicznej. Odwołujący nie wniósł o ich odtajnienie. Izba z kolei nie uznała za konieczne ich odtajnienie dla rozpoznania sprawy. Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego oświadczył, że wyjaśnienia znajdujące się na stronach od szóstej do piętnastej przekonały o tym, że cena nie jest rażąco niska .

Odwołujący podtrzymał argumentację z odwołania. Podtrzymał twierdzenia, że cena jest rażąco niska. Stwierdził, że na tę okoliczność przedłożył dowody w odwołaniu w postaci tabelarycznej, pokazano jakie są ceny rynkowe, w szczególności ceny HP.

Natomiast zamawiający uzupełniając swoją argumentację na odparcie zarzutu rażąco niskiej ceny wyjaśnił, że ustalając wartość zamówienia występował do Devoteam, IBM, CMP, a poza tym sugerował się wartością umowy jaką miał zawartą z odwołującym. Nie widzi sprzeczności w cenie, którą zaoferował wykonawca wybrany w stosunku do wyceny zamawiającego. My przy wykonywaniu wyceny zakładaliśmy rozwiązanie w oparciu o produkty BMC. Rozwiązania rozwojowe przystępujący oparł o rozwiązania HP, a odwołujący o BMC. Stąd między innymi taka różnica cenowa.

Przystępujący stwierdził, że generalne przyczyny różnic cenowych między jego ofertą, a ofertą odwołującego, wynikają z przyjętych rozwiązań w oparciu o produkty HP, a nie BMC. Odwołujący przedstawiając dowody w sprawie w odwołaniu, powołuje się na ceny z tzw. price listy. Jesteśmy partnerem HP o najwyższym poziomie tj. platinium i z tego tytułu możemy uzyskać korzystne oferty cenowe, przy czym sprzedaż dla ZUS-u jest z marżą. Również polityka cenowa HP, w zakresie sprzedaży licencji, jest wyjątkowo elastyczna. W ogóle możliwość złożenia oferty wynika z faktu, iż zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne do BMC. Z kolei różnice wynikają, np. z faktu, iż inne są szkolenia i ceny na okoliczność uzyskania certyfikatów, a inne z powodu szkolenia wynikającego z zakupu produktu. Przedstawione ceny za szkolenia przez odwołującego wynoszące, co prawda, po kilka tysięcy złotych, ale są szkoleniami trwającymi np. do 5 dni. W naszej ocenie znając jakie rokuje stawki BMC za szkolenia są one na wysokim poziomie Nie zgadza się z poglądem odwołującego, że cena wykonawcy wybranego powoduje przerzucanie kosztów na zamawiającego. Jest to stwierdzenie gołosłowne. Przywołuje wyjaśnienia udzielone na wezwanie zamawiającego, które są skonkretyzowane, co do kosztów oprogramowań, kosztów osobowych. Uważa, że koszty, które przywołał za szkolenia odwołujący, nie dotyczą tzw. szkoleń w zakresie systemu monitorowania usług

Izba przeprowadza dowody z: wezwania zamawiającego i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i dowodów przedstawionych w odwołaniu w zakresie cen, dowodu uzyskania certyfikatu partnerstwa przez INGRIFO od HP, oświadczenia spółki HP w zakresie cen z 17 grudnia i maila, na okoliczność jaki jest koszt szkoleń w firmie BMC.

Odwołujący kwestionuje przedstawione dowody na rozprawie przez przystępującego, bo np. szkolenie dotyczy podstaw sprzedaży, a nie szkolenie w zakresie przedmiotu zamówienia. Z oferty szkolenie INGRIFO skalkulowane jest na kwotę 1700 zł dla 10 os./jeden dzień i ma być to szkolenie wysoce specjalistyczne, co stawia w wątpliwość, natomiast szkolenie wskazywane przez nas opiewa na kwotę 8700 zł i jest to szkolenie 5 dniowe dla 1 osoby i takie są ceny na rynku w tym zakresie.

Zamawiający uważa, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające w wyniku, którego nie ma wątpliwości, co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę wybranego.

Przystępujący w jego ocenie ceny są właściwie zaoferowane, w szczególności w zakresie szkoleń. Dla przykładu podaje, że nie można się sugerować, że szkolenie dla 1 osoby, a dla 10 osób powinny mieć różne ceny. Zwraca uwagę, że szkolenia przeprowadzają pracownicy.

Izba uznała wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wybranego za przekonujące co do nie wystąpienia rażąco niskiej ceny z uwagi w szczególności na treść złożonych wyjaśnień na wezwanie zamawiającego w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia okazały się szczegółowe, precyzyjne, zawierały dokładne kalkulacje. Natomiast rozbieżność cen przystępującego i odwołującego wynika z faktu, że zaoferowali oni rozwiązania nieporównywalne, oparte w znacznej części na innych produktach: odwołujący na rozwiązaniach BMC, przystępujący – w znacznej części na rozwiązaniach HP. Natomiast rozbieżność pomiędzy wartością szacunkową zamówienia a ceną oferty wybranej wynika z tego, że szacunek zamawiającego został ustalony na podstawie przeprowadzonego w przeszłości postępowania w trybie niekonkurencyjnym, tj. zamówienia z wolnej ręki.

Zarzut co do niespełnienia wymogu doświadczenia zawodowego.

Odwołujący przywołuje rozdział 4 punkt 1 podpunkt 2.1 b SIWZ. Odczytano postanowienie punktu 2.1 b, odniesiono to do referencji wystawionej przez Brebank. Wg M. S., dyrektora rozwoju CompFort Meridian, użyta jest tam nazwa własna systemu operacyjnego Z/OS, to nie jest równoznaczne z mainframe, bo mainframe jest systemem złożonym, składa się z wielu innych komponentów, nie tylko systemu operacyjnego jakim jest Z/OS. Sam system operacyjny jest tylko elementem tego środowiska jakim jest mainframe. Stwierdził, że referencje nie potwierdzają oświadczeń wykonawcy.

Zamawiający oświadcza, że na podstawie referencji nie można stwierdzić braku doświadczenia zawodowego, ponieważ za tym przemawia wykaz usług, nie referencje, które służą tylko określeniu jakości wykonanych usług, a nie muszą obejmować pełnego zakresu wykonanych usług. Pan J., dyrektor departamentu zarządzania usługami, my określając wymóg doświadczenia zawodowego oczekiwaliśmy, aby wykonawca wykazał, iż ma doświadczenie w zakresie generalnie integracji monitorowania wybranych obszarów technologicznych, bez wskazywania poszczególnych komponentów.

Przystępujący złożył list referencyjny, pismo z dnia 28 luty 2014 r., w którym poświadcza się doświadczenie również dla środowisk mainframe. Przy czym aktualna nazwa Brebanku to Mbank.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że o tym czy wykonawca posiada doświadczenie stanowi również wykaz, który jest oświadczeniem wykonawcy. Natomiast referencja służy potwierdzeniu jakości wykonanych w tym wypadku usług a nie ich zakresu. Dowód przedłożony na rozprawie przez przystępującego nie zmienia prawidłowości oferty w tym zakresie z powodów wskazanych powyżej to jest znaczenia wykazu dla wykazania doświadczenia a nie referencji na okoliczności jakości wykonanych prac.

W związku z powyższym, że żaden zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp czy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazanych w odwołaniu nie potwierdził się to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:.....

Członkowie.....

.....

