

Sygn. akt: KIO 1425/19

KIO 1433/19

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2019 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (KIO 1425/19);

B. w dniu 25 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Infonet Projekt Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej** (KIO 1433/19);

w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską Spółkę Akcyjną w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawcy **Infonet Projekt Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1425/19 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1425/19 oraz KIO 1433/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę **Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (sygn. akt: KIO 1425/19) i nakazuje zamawiającemu – **Poczcie Polskiej Spółce Akcyjnej w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty

wykonawcy **Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. oddała odwołanie wniesione przez **Infonet Projekt Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej** (sygn. akt: KIO 1433/19).
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i wykonawcę **Infonet Projekt Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej**

i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (15 000 zł 00 gr) i wykonawcę **Infonet Projekt Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej** (15 000 zł 00 gr)
- 3.2. zasądza od wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Andra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.3. zasądza od wykonawcy **Infonet Projekt Spółka Akcyjna w Bielsku-Białej** na rzecz wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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**.

.....

Sygn. akt: KIO 1425/19

KIO 1433/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Poczta Polska SA w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa macierzy dyskowych dla środowiska x86.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 lipca 2019 roku wykonawca Andra Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Fujitsu jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p.;
2. czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego Andra, podczas gdy oferta odwołującego Andra jest zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p.;
3. czynności zamawiającego polegającej na nieuznaniu, że wyjaśnienia odwołującego Andra z dnia 9 stycznia 2019 r. i z dnia 9 kwietnia 2019 r. potwierdzają, że oferta odwołującego Andra nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ustaleniu przez zamawiającego, że oferta odwołującego Andra zawiera rażąco niską cenę, co stanowi naruszenie art. 90 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.;
4. zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego Andra jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta odwołującego Andra jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p.;

Odwołujący Andra wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Fujitsu jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego Andra,
- 3) unieważnienie czynności uznania wyjaśnień złożonych przez odwołującego Andra jako wyjaśnień potwierdzających, że zaoferowana przez odwołującego Andra cena stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) unieważnienie czynności badania i oceny ofert, a także ustalenia przez zamawiającego, że oferta odwołującego Andra zawiera rażąco niską cenę,
- 5) powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego Andra,
- 6) uznanie udzielonych przez odwołującego Andra w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. wyjaśnień za wyjaśnienia, zgodnie z którymi oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 7) dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez odwołującego Andra najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto odwołujący Andra wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego Andra kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący Andra podniósł, że posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania, ponieważ może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Powyższe odwołujący Andra uzasadnia okolicznością, iż ww. czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu zawarcie umowy z zamawiającym. Odwołujący Andra wykazuje, iż w wyniku ww. czynności i zaniechań czynności wymaganych przepisami ustawy P.z.p. poniesie szkodę, polegającą na zaniechaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Andra podniósł, że wskutek wniesionego odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 377/19 nakazała wezwać odwołującego Andra do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, mających na celu doprecyzowanie zagadnień związanych ze sposobem kalkulacji zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego Andra do złożenia wyjaśnień, które to odwołujący Andra złożył w wyznaczonym terminie.

W dniu 15 lipca 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego Andra o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p..

Odwołujący Andra wskazał, że wymieniając elementy zaoferowanej ceny przedstawił i uwzględnił wszystkie elementy cenotwórcze niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia wynikające z treści s.i.w.z., tj. uwzględnił elementy wynikające z wyliczenia ceny lub kosztu, a więc koszty bezpośrednie, koszty pośrednie i zysk. W zaoferowanej przez odwołującego Andra cenie uwzględniono również wszystkie obciążenia, tak publicznoprawne jak i inne, włącznie z podatkiem od towarów i usług. Wycenę wykonano z należytą starannością i w sposób prawidłowy, zaoferowana cena jest ceną realną, wiarygodną, gwarantującą należytą realizację przedmiotowego zamówienia, a także zapewniającą odwołującemu Andra odpowiedni zysk (podany liczbowo w treści wyjaśnień).

W treści wyjaśnień złożonych zamawiającemu w toku postępowania, odwołujący Andra w wyczerpujący sposób wymienił oraz omówił szereg czynników obiektywnych mających wpływ na takie a nie inne szacowanie wartości złożonej oferty, wśród których kluczowe znaczenie ma posiadany przez odwołującego Andra wyjątkowy status Autoryzowanego Partnera Handlowego IBM, jak również zastosowane rabaty cenowe.

W piśmie z dodatkowymi wyjaśnieniami, które było efektem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2019 r. (sygn. akt: KIO 377/19) odwołujący Andra doprecyzował szczegóły związane z wyliczeniem ceny ofertowej, załączając jednocześnie fragmenty szczegółowej oferty produktowej otrzymanej dla Poczty Polskiej S.A., jak również podał ceny maksymalne i ceny zakupu / minimalne z upustem wg SBO oraz, ponownie, zakładany zysk. Każdy z elementów mających kluczowy wpływ na szacowanie ceny finalnej został uwzględniony w treści wyjaśnień, tak pierwotnych, jak i dodatkowych, będących wynikiem wyroku KIO, przy czym oba pisma należy rozpatrywać łącznie. Przedstawione wyjaśnienia dowodzą spójności, zgodności i kompletności wykazanych wyliczeń, przekazanych w toku kompleksowej procedury wyjaśniania dokonanej przez zamawiającego.

Odwołujący Andra podniósł również, że przedstawione przez niego kalkulacje pozostawały w bezpośrednim związku z wymaganiami s.i.w.z. oraz treścią złożonej oferty. Odwołujący Andra w złożonych wyjaśnieniach przedstawił bowiem szczegółowo wszystkie elementy składowe ceny zaoferowanej w postępowaniu. Wyjaśnienia w sposób jednoznaczny dowodziły, że realizacja zamówienia za zaoferowane kwoty zapewni odwołującemu zysk na odpowiednim (satysfakcjonującym) poziomie.

Odwołujący Andra, wbrew twierdzeniom zamawiającego przedstawił wyjaśnienia szczegółowe i odpowiednio umotywowane. Przyjęte założenia wyceny oferty odwołujący Andra poparł szeregiem wyliczeń, które jednoznacznie dowodziły, że za zaoferowaną cenę odwołujący Andra wykona zamówienie i uzyska z tego tytułu stosowną marżę.

Odwołujący Andra wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem rażąco niska cena to cena nierealna, poniżej kosztów wytworzenia danej usługi, która nie daje wykonawcy możliwości uzyskania zysku na realizacji zamówienia. Tymczasem odwołujący Andra w złożonych wyjaśnieniach wykazał, że cena oferty złożonej przez odwołującego Andra w postępowaniu zawiera wszystkie elementy - w tym zysk, którego poziom został określony. Skoro wyjaśnienia odwołującego Andra dowodzą, że za deklarowaną cenę jest on w stanie wykonać zamówienie zgodnie z treścią s.i.w.z. i wraz z osiągnięciem satysfakcjonującego odwołującego zysku, to nie można uznać, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska.

Mając na względzie całość przytoczonej argumentacji, odwołujący Andra wskazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co w niezaprzeczalny sposób potwierdził w swoich pismach z dnia 9 stycznia 2019 r. i z dnia 9 kwietnia 2019 r., zawierających wyczerpujące i rzetelne wyjaśnienia wszystkich zastosowanych przez odwołującego elementów cenotwórczych.

Odwołujący Andra powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 2 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2592/18, z dnia 2 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1873/18, z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1563/18.

W ocenie odwołującego Andra, dokonana przez zamawiającego ocena złożonych przez odwołującego wyjaśnień była czynnością wadliwą i niezgodną z ustawą P.z.p.. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego Andra naruszył zatem również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 lipca 2019 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący Infonet oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Przystępujący Fujitsu oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 1 sierpnia 2019 roku przystępujący Fujitsu zauważył, że nie posiada dostępu do pełni wyjaśnień składanych przez odwołującego Andra sp. z o.o. w toku Postępowania na potwierdzenie, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, gdyż informacje zawarte w całości — w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2019 r. lub w istotnej części tych dokumentów — w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 9 kwietnia 2019 r. oraz 19 kwietnia 2019 r., zostały zastrzeżone przez odwołującego Andra sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący ma więc ograniczoną możliwość odnoszenia się do twierdzeń przedstawionych w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego przystępujący popiera w pełni stanowisko wyrażone przez zamawiającego w informacji z dnia 15 lipca 2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej dla postępowania w zakresie części 1, w szczególności w zakresie odrzucenia oferty odwołującego Andra sp. z o.o. oraz argumentacji podniesionej w uzasadnieniu odrzucenia tej oferty.

Przystępujący Fujitsu podniósł, że z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że charakter wezwania zamawiającego, a co za tym idzie wyjaśnień wykonawcy, co do ceny oferty, w zakresie ceny rażąco niskiej ma charakter wyjątkowy i zasadniczo jednorazowy. Ponowne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny składane przez profesjonalny podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, winny być jasne, konkretne, szczegółowe. Ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie. Powyższe okoliczności potwierdza stanowisko przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 26 września 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1825/18, w którym Izba stwierdziła, że: „ponownie udzielone wyjaśnienia nie mogą modyfikować pierwotnie udzielonych wyjaśnień, gdyż prowadziłoby to do zmiany oświadczenia woli złożonego pierwotnie przez wykonawcę i obejścia przepisu art. 90 ust. 1 p.z.p., który zasadniczo w odniesieniu do danej kwestii może być zastosowany tylko raz. W konsekwencji działanie takie mogłoby doprowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji”.

Zamawiający ma więc obowiązek badać ponowne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. wyjątkowo wnikliwie bacząc przy tym, aby nie doszło do modyfikacji pierwotnie udzielonych wyjaśnień, gdyż modyfikacja taka mogłaby doprowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przystępujący podkreślił, że z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2018 r., wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 393/18 wynika, że ugruntowany jest pogląd, iż złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem przystępującego Fujitsu, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2019 r. odwołujący Andra sp. z o.o. złożył dnia 9 kwietnia 2019 r. wyjaśnienia, które nie pozwoliły zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny, wskutek czego zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty odwołującego Andra sp. z o.o. Zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego Andra sp. z o.o. w postępowaniu doprowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przystępujący Fujitsu podniósł, że odwołujący Andra sp. z o.o. nie udowodnił zagadnień związanych ze sposobem kalkulacji zaoferowanej ceny z uwzględnieniem warunków cenowych otrzymanych od partnera handlowego. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2019 r. ograniczył się jedynie do ogólnych stwierdzeń, że posiada status partnera handlowego producenta. W świetle stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2019 r. nie sposób uznać, że odwołujący rozwiał wątpliwości zamawiającego w zakresie kalkulacji poszczególnych elementów ceny. W dokumencie tym bowiem posłużono się zwrotami takimi jak (strona 5 jawnej części wyjaśnień z dnia 9 kwietnia 2019 r.):

„Do wyliczenia całkowitej ceny zaoferowanej przez ANDRA w pozycji nr 1 Formularza cenowego, Spółka wzięła zatem pod uwagę (fragment zamazany), o czym była mowa w treści pisma z 9 stycznia 2019 r. z wyjaśnieniami ceny uznanej za rażąco niską”

Podobnie, na stronie 7 jawnej części wyjaśnień z dnia 9 kwietnia 2019 r. odwołujący Andra sp. z o.o. stwierdza, że :„Żaden z tu omawianych elementów nie stanowi nowości względem treści oferty ANDRA — czyli Załącznika nr 2 do SIWZ, ani Wyjaśnień z 9 stycznia 2019r. ”

W ocenie przystępującego Fujitsu, za słuszne należy więc uznać twierdzenia zamawiającego zawarte w informacji z dnia 15 lipca 2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Postępowania w zakresie części 1, że odwołujący Andra sp. z o.o. przedstawił wyjaśnienia, które nie doprowadziły do rozwiania wątpliwości zamawiającego, gdyż powołał się on na okoliczności stanowiące przedmiot pierwotnych wyjaśnień, nie precyzując dodatkowo faktu, z jakiej przyczyny mógł zaoferować cenę minimalną wskazaną w ofercie handlowej producenta macierzy dyskowych. Doprowadziło to do uniemożliwienia zamawiającemu faktycznej oceny rzetelności kalkulacji dokonanej przez odwołującego Andra sp. z o.o., co skutkowało obowiązkiem zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie przystępującego Fujitsu, należy także podzielić wątpliwości zamawiającego w zakresie kalkulacji kosztów szaf montażowych. Z wyjaśnień z dnia 9 kwietnia 2019 r. nie wynika w tym zakresie w istocie żadna okoliczność. Odwołujący Andra sp. z o.o. nie przedstawił w złożonych w terminie wyjaśnieniach żadnych obliczeń ani wyjaśnień, ograniczając się jedynie do stwierdzeń, że koszty dostawy szaf montażowych wraz z

wyposażeniem zostały uwzględnione w cenie ofertowej. Takich informacji nie można więc uznać za dodatkowe uszczegółowienie, które ma rozwiać wątpliwości zamawiającego. W konsekwencji, wyjaśnienia odwołującego Andra sp. z o.o. również w tym zakresie nie mogły zostać uznane przez zamawiającego jako potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Dopiero wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2019 r., złożone po terminie wyznaczonym przez zamawiającego (bez wezwania), zawierają dodatkowe doprecyzowania w zakresie kalkulacji ceny szaf montażowych. Z uwagi na fakt, że dokument ten został złożony po terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie może być traktowany jako skuteczny z punktu widzenia wykazywania, że zaoferowana przez odwołującego Andra sp. z o.o. cena nie jest rażąco niska. Co więcej, fakt, że odwołujący z własnej inicjatywy złożył dodatkowe pismo w dniu 19 kwietnia 2019 r. potwierdza zaistnienie przesłanek do odrzucenia jego oferty. Wynika z tego bowiem, że odwołujący sam uznał, że wyjaśnienia złożone na wezwanie w dniu 9 kwietnia 2019 r. nie spełniają wymogów ustawowych i nie odpowiadają na wątpliwości zamawiającego. Odwołujący nie może konwalidować w ten sposób swoich własnych błędów.

Przystępujący Fujitsu podniósł, że niezależnie od powyższego, wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2019 r. wskazują, że koszty dostawy szaf montażowych nie zostały uwzględnione w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 9 stycznia 2019 r., co pozostaje w sprzeczności z oświadczeniami odwołującego Andra sp. z o.o. złożonymi na rozprawie dnia 15 marca 2019 r. Wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2019 r. stanowią więc próbę niedozwolonej modyfikacji oferty i zmieniają pierwotnie złożone wyjaśnienia z dnia 9 stycznia 2019 r., gdyż wynika z nich, że w ofercie oraz w konsekwencji w pierwotnych wyjaśnieniach odwołujący Andra sp. z o.o. nie uwzględnił kalkulacji kosztów dostawy szaf montażowych wraz z wyposażeniem oraz montażem. Dopiero na skutek wezwania, odwołujący starał się dopasować swoje wyjaśnienia, tak aby sprawić wrażenie, że wszystkie wymagane koszty zostały uwzględnione. Nie udało mu się jednak zrobić tego w sposób spójny, spowodował powstanie sprzeczności pomiędzy złożonymi wyjaśnieniami co słusznie wskazał zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Andra z dnia 15 lipca 2019 r. Pominięcie tak istotnego elementu świadczy o niestarannym charakterze pierwotnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez odwołującego Andra sp. z o.o. dnia 9 stycznia 2019 r. W konsekwencji uznać należy, złożone w toku postępowania wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie pozwalają Zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, przez co zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty odwołującego Andra sp. z o.o. Wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2019 r., jako wyjaśnienia złożone po terminie, nie mogą być w sposób oczywisty uznane przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że uznanie takich wyjaśnień przez zamawiającego prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, po pierwsze dlatego, że zostały złożone po

terminie i bez wezwania, a po drugie, gdyż wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2019 r. modyfikują pierwotne wyjaśnienia złożone dnia 9 stycznia 2019 r. jak również wyjaśnienia z dnia 9 kwietnia 2019 r. Powoduje to powstanie sprzeczności, co wskazywał zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Andra, oraz *de facto* czyni całokształt wyjaśnień niewiarygodnymi.

Przystępujący Fujitsu stwierdził, że z przedstawionych przez odwołującego Andra sp. z o.o. w toku postępowania wyjaśnień i dowodów składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. nie wynika w sposób jednoznaczny, że odwołujący osiągnie zysk z tytułu realizacji zamówienia. Wyjaśnienia w żaden sposób nie potwierdzają, że odwołujący uwzględnił wszystkie konieczne koszty realizacji zamówienia (np. w zakresie szaf montażowych). Odwołujący Andra sp. z o.o. przedstawiał wyjaśnienia niespójne i nieprecyzyjne, które uniemożliwiły zamawiającemu faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny, przez co zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. Co warte podkreślenia, znaczna różnica cenowa pomiędzy ofertą odwołującego Andra sp. z o.o. oraz pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu również może świadczyć o zaoferowaniu przez odwołującego ceny rażąco niskiej.

Przystępujący Fujitsu podkreślił, że w zakresie wyjaśnień elementów cenowych ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę. Odwołujący Andra temu ciężarowi nie sprostał a zatem potwierdziło się w ten sposób, że oferta Andra zawiera rażąco niską cenę. Słusznie zatem została przez zamawiającego odrzucona.

Przystępujący podniósł, że dnia 1 sierpnia 2019 r. otrzymał oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu odwołania Andra sp. z o.o. w całości. Przystępujący uznaje dokonanie tej czynności za nieuzasadnione. W ocenie przystępującego, w świetle argumentacji przedstawionej w piśmie oraz w uzasadnieniu odrzucenia oferty Andra sp. z o.o. z dnia 15 lipca 2019 r., nie sposób uznać, że odwołujący nie zaoferował ceny rażąco niskiej.

Mając na uwadze wszelkie okoliczności przedstawione powyżej przystępujący wniósł o oddalenie odwołania Andra sp. z o.o. jako bezpodstawnego.

W dniu 25 lipca 2019 roku wykonawca Infonet Projekt SA w Bielsku Białej wniósł odwołanie wobec czynności podjętej przez zamawiającego oraz zaniechania czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy.

Odwołujący Infomet zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., pomimo że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści s.i.w.z.;

2. art. 8 ust. 1-3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

3. Art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz art. 26 ust. 2f poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia o niekaralności prokurenta ujawnionego w aktualnej informacji z KRS — p. Ż. L., a dalej naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy' poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. pomimo tego, iż wykonawca ten nie wykazał braku podstaw do wykluczenia;

Mając na względzie powyższe, odwołujący Infonet wniósł o:

1. Nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;

2. Nakazanie dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym dokonanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. złożonych w toku postępowania wyjaśnień treści oferty wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia

3. Nakazanie zamawiającemu dokonania w wyniku ponownej oceny i badania ofert odrzucenia oferty złożonej przez Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.

4. Ewentualnie, w przypadku gdy Izba nie dopatry się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., odwołujący Infonet wniósł o nakazanie wezwania wykonawcy Fujitsu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy i 26 ust. 2f ustawy do złożenia aktualnej informacji z KRK dla Pani L. .

Odwołujący Infonet podniósł, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy. Oferta złożona w postępowaniu przez odwołującego Infonet jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków. Gdyby zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny ofert, to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W związku z powyższym, odwołujący może ponieść szkodę powstałą w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, polegającą na nieudzieleniu odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianej w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Infonet podniósł, że pismem z dnia 15 lipca 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego Infonet o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. Oferta złożona przez tego wykonawcę podlegać powinna jednak odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., gdyż jest niezgodna z treścią s.i.w.z. Ponadto Fujitsu nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Dodatkowo, w toku postępowania Fujitsu złożył dwukrotnie (pismem z dnia 09.01.2019 r. oraz pismem z dnia 10.06.2019 r.) wyjaśnienia dotyczące treści oferty w zakresie zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, które objął bezpodstawnie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odwołujący Infonet wskazał, że oferowana przez Fujitsu macierz nie spełnia wymagań zamawiającego, w zakresie:

1) zapisu dotyczącego maksymalnej obsługiwanej przez dostarczoną macierz surowej pojemności realizowanej za pomocą dysków Flash lub SSD w wymiarze min. 2000 TB co do możliwości rozbudowy do min. 3000 dysków.

2) Zapisu dotyczącego liczby kontrolerów macierzowych

Zgodnie z s.i.w.z. oznaczenie oferowanego urządzenia należało podać w formularzu oferty — załącznik nr 2 do s.i.w.z.. Wykonawca był zobowiązany podać pełną nazwę produktu według producenta urządzenia. Również wzór załącznika nr 2a wymagał podania producenta i typu/modelu macierzy.

Natomiast dodatkowo, w załączniku nr 2a zamawiający zawarł pouczenie, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca oferuje sprzęt produkowany seryjnie zmodyfikowany do potrzeb zamawiającego, to taka informacja powinna być zawarta w ofercie. W takim przypadku wykonawca dołączy do oferty stosowne oświadczenie wraz z informacją na czym będzie polegać modyfikacja.

Wykonawca Fujitsu w złożonej ofercie (na str. 17 i 19) wskazał, że oferuje macierz NetApp typu Ali Flash FAS, model A700. Wykonawca ten nie dołączył do oferty jakiegokolwiek oświadczenia wskazującego, że oferuje macierz zmodyfikowaną na potrzeby zamawiającego i nie poinformował zamawiającego, na czym miałyby polegać modyfikacja. Wobec tego, w ocenie odwołującego Infonet, zamawiający powinien był więc dokonać oceny urządzenia oferowanego tj. występującego w standardowej ofercie producenta, produkowanego seryjnie o oznaczeniu macierz NetApp typu Ali Flash FAS, model A700. Jasne jest więc, że oferowana macierz nie jest urządzeniem tzw. CTO (custom to order), które mogłoby być przez producenta dostosowane do potrzeb zamawiającego w szczególności co do ilości dysków czy kontrolerów.

Miarodajne będą więc w tym zakresie wszelkie standardowe opracowania producenta potwierdzające aspekty technologiczne dla danej macierzy.

Odwołujący Infonet podniósł, że zamawiający w s.i.w.z., w OPZ znajdującym się w załączniku 2a do SIWZ - Specyfikacja techniczna „Czyść 1 — Dostawa macierzy dyskowych dla środowiska x86” wyspecyfikował następujące wymagania co do wymaganej ilości obsługiwanych dysków:

Maksymalna obsługiwana przez Minimum 2000 TB przy jednoczesnej możliwości dostarczonej macierz surowa pojemność rozbudowy do min 3000 dysków.

Zdaniem odwołującego Infonet oferowana przez Fujitsu macierz NetApp AFF A700 nie spełnia powyższego wymagania.

Odwołujący Infonet wyjaśnił, że macierze dostępne na rynku, w tym w ofercie producenta Netapp, występują w dwóch trybach — SAN lub NAS. Innymi słowy — ten sam model (w tym wypadku AFF A700) może działać w dwóch trybach. W niniejszym postępowaniu oczekiwaniem zamawiającego było, aby macierz stanowiąca przedmiot zamówienia była dostarczona w trybie SAN, o czym przesądza zapis OPZ (załącznik nr 2a do s.i.w.z.). Zamawiający wskazał bowiem w tabeli stanowiącej opis poszczególnych wymogów co do macierzy, że w tym opisał wymaganą liczbę zewnętrznych interfejsów FC łączących oferowaną macierz z przełącznikami FC (wymagane było min. 8 interfejsów o szybkości 16 Gb/s na kontroler).

Liczba zewnętrznych interfejsów FC Minimum 8 interfejsów o szybkości łączących oferowaną macierz z przełącznikami FC w tym kable 16 Gb/s na każdy kontroler macierzy dyskowej.

W środowisku inżynierskim powszechną wiedzą jest, że taki zapis przesądza o funkcjonowaniu macierzy w trybie SAN, a więc wszelkie parametry i poziomy wydajności powinny być w tym wypadku badane dla oferowanego modelu w trybie SAN. Wykonawca wprawdzie nie wskazał tego wprost w ofercie, jednak oświadczył na str. 20 oferty, że macierz posiada min. 8 ww. interfejsów o wymaganej szybkości.

Co więcej, sam zamawiający nic miał wątpliwości, iż oferowana jest macierz w trybie SAN, gdyż w wezwaniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. z dnia 27.12.2019 r. posłużył się tożsamą nomenklaturą. Ustalenie faktu, iż oferowana macierz jest w trybie SAN ma istotne znaczenie dla dalszego wyводу, z uwagi na to, że producent w swoich opracowaniach posługuje się rozróżnieniem obrazującym pojemność w tym ilość dysków w macierzy wedle tych kategorii — SAN i NAS.

I tak, dane o ilości dysków macierzy oferowanej przez Fujitsu można odnaleźć korzystając z narzędzia NetApp HWU znajdującego się pod linkiem <https://hwu.netapp.com> (dostępnym po zalogowaniu się przez partnera handlowego NetApp). Z informacji tych wynika, że macierz w trybie dostępu blokowego (SAN) może mieć w konfiguracji maksymalnie 12 tzw. node'ów (kontrolerów) tj. 6 par HA.

W tym samym narzędziu szukając parametrów maksymalnych macierzy dyskowej NetApp AFF a700 możemy znaleźć poniższe wyszczególnienie ilości obsługiwanych dysków w obrębie pojedynczej pary HA oraz ponowienie parametru ilości obsługiwanych node'ów dla macierzy pracującej w trybie SAN. Bazując na informacji z tabeli poniżej można ustalić, iż w trybie SAN macierz może obsłużyć maksymalnie 12 node'ów, po 480 dysków na każdą parę. Aby wyliczyć maksymalną ilość dysków należy więc dokonać następującego działania:

$$6 \text{ HA (tj. 12 nodów)} \times 480 \text{ dysków} = 2880.$$

Zamawiający zaś żądał w s.i.w.z., aby wykonawca wykazał możliwość rozbudowy dostarczonej macierzy do min. 3000 dysków, co wynika z zapisu:

Maksymalna obsługiwana przez Minimum 2000 TB przy jednoczesnej możliwości dostarczoną macierz surowa pojemność rozbudowy do min 3000 dysków, realizowana za pomocą dysków Flash lub SSD (opcja rozbudowy)

W ocenie odwołującego Infonet osiągnięcie takiej ilości dysków nie jest możliwe, co wykazano powyżej — wynika to z technologii danej macierzy, która ma jedynie 12 nodów (kontrolerów). Zamawiający więc wybierając ofertę Fujitsu nie będzie miał nigdy możliwości rozbudowy tej macierzy do takiego poziomu, gdyż jest to fizycznie niemożliwe.

Odwołujący Infonet zaznaczył, że rozbudowa macierzy, którą przewidział zamawiający polega na wykorzystaniu kolejnych kontrolerów i dokupieniu dysków do zakupionej infrastruktury, wtedy gdy zamawiający uzna to za konieczne i potrzebne. Niezmiernie ważne jest więc, aby zakupiona obecnie macierz miała możliwość montażu i obsługi takiej ilości dysków, bo tylko wtedy rozbudowa będzie możliwa.

Odwołujący Infonet wskazał, że zapisy dotyczące możliwości rozbudowy do 3000 dysków były jasne od początku, na co wskazuje zadane w toku postępowania pytanie, jak i udzielona odpowiedź.

W odpowiedzi na pytanie nr 13 z dnia 6 listopada 2018 r. zamawiający na pytanie wykonawcy, czy dopuści macierz umożliwiającą skalowanie pojemności dyskowej w zakresie min. 2880 dysków SSD lub dedykowanych modułów Flash wyjaśnił, że nie dokona w tym zakresie zmiany. Należy uznać tym samym, że wymóg rozbudowy do 3000 dysków jest

wiążący. Nie jest więc zrozumiałe, dlaczego na etapie badania i oceny ofert zamawiający pozytywnie ocenił wykonawcę oferującego urządzenie, które nie osiągnie takiego poziomu. W ocenie odwołującego, wobec jasnych zapisów s.i.w.z. w tym zakresie wybór oferty Fujitsu jest przejawem dyskryminacji innych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot droższy, ale spełniający wymagania albo odstąpili od ofertowania z uwagi na niespełnianie ww. parametru. Fakt, że oferowana macierz może być rozbudowana jedynie do 2880 dysków był znany również zamawiającemu w toku badania i oceny ofert. Zamawiający bowiem pismem z dnia 27.12.2019 r. wezwał wykonawcę Fujitsu do wyjaśnienia rozbieżności w tym zakresie. Zamawiający zapytał wykonawcę: „w specyfikacji technicznej znajdującej się na stronie producenta w pozycji SAN Scale-out zaproponowana macierz posiada możliwość rozbudowy do 2880 dysków. Natomiast w formularzu ofertowym w tabeli specyfikacja techniczna dla części 1 strona 20 w punkcie maksymalna obsługiwana przez dostarczoną macierz surowa przestrzeń realizowana za pomocą dysków Flash lub SSD podajecie Państwo, że zaoferowana skalowalność obsługi jednocześnie nie Strona | 7 mniej niż 2000 TB i nie mniej niż 3000 dysków. Proszę wyjaśnić tę rozbieżność.”

Odwołujący Infonet podniósł, że nie ma wiedzy, jaka była treść odpowiedzi, gdyż wykonawca zastrzegł te wyjaśnienia (z dnia 09.01.2019 r.) tajemnicą przedsiębiorstwa. Co więcej, na skutek pisma odwołującego Infonet, zamawiający pismem z dnia 04.06. 2019 r. ponownie wezwał wykonawcę do wyjaśnienia tego aspektu, skąd można wywodzić, że wyjaśnienia z dnia 09.01.2019 r. nie były wystarczające. Udzielone odpowiedzi również zostały zastrzeżone.

W ocenie odwołującego Infonet, który – jak wskazał – może jedynie stawiać hipotezy, wykonawca Fujitsu mógł tłumaczyć ten fakt dwójako — w każdym wypadku nietrafnie.

Po pierwsze, jeśli wykonawca wyjaśnił, że urządzenie oferowane nie jest standardowe, lecz zostanie dostosowane, skustomizowane do tego wymogu to należy uznać, że nastąpiła zmiana treści oferty gdyż pierwotnie tego nie przewidział, co było wymagane w załączniku nr 2a. Twierdzenie takie musiałyby być ponadto uznane za gołosłowne w obliczu braku fizycznej niemożliwości rozbudowy tej macierzy, co zostało wykazane powyżej.

Po drugie, biorąc pod uwagę inny scenariusz, jeśli wykonawca stwierdził w wyjaśnieniach, że do zaoferowanej macierzy w ramach rozbudowy trzeba będzie zakupić dodatkowe urządzenie w postaci *de facto* nowej macierzy to należałoby uznać, że potwierdził tym samym, że oferowana przez niego, wskazana konkretnie w formularzu oferty macierz nie spełnia samodzielnie wymogu możliwości rozbudowy do 3000 dysków.

Odwołujący Infonet wskazał, że w pytaniu nr 1 z dnia 06.11.2018 r. jeden z wykonawców zadał pytanie, czy zamawiający dopuści macierz, która umożliwi osiągnięcie

rozbudowy do 3000 dysków poprzez rozbudowę o kolejne kontrolery, na co zamawiający wyraził zgodę uzasadniając, że możliwe jest dokonanie rozbudowy komponentów macierzy, jednak nie wyraził zgody na rozbudowę poprzez zastosowanie nowego, innego niż oferowane urządzenie.

Zakup nowego urządzenia, do którego możliwe byłoby zainstalowanie dodatkowych dysków należy ocenić przede wszystkim jako niezgodne z s.i.w.z., a ponadto należy podkreślić, że rozwiązanie takie generowałoby dla zamawiającego kolejne koszty - gdyż oprócz dysków, które musi dokupić zamawiający pozostaje jeszcze koszt nabycia tegoż urządzenia. Pomijając fakt, że taka argumentacja byłaby w sposób oczywisty absurdalna należy stwierdzić, że rozumienie rozbudowy poprzez zakup nowego urządzenia nijak nie przystaje do wymogu s.i.w.z. — rozbudowywać można oferowane, konkretne urządzenie, nie zaś sugerować zakup zupełnie nowej infrastruktury narażając zamawiającego na koszty i ryzyko braku współpracy oraz wątpliwe bezpieczeństwo danych.

Ponadto, w ofercie wykonawcy próżno szukać wzmianki o tym, w jaki sposób standardowa macierz będzie zmodyfikowana, aby spełnić kwestionowany wymóg, czy też brak informacji o zaoferowaniu innego urządzenia. Przekazanie tych informacji w toku badania i oceny ofert należałoby uznać za niedopuszczalną zmianę treści oferty, do której zamawiający dopuścił, jeśli zaakceptował takie wyjaśnienia, co odwołujący 2 zarzucił.

Odwołujący Infonet podniósł, że zamawiający w s.i.w.z., w załączniku 2a - Specyfikacja techniczna Dostawa macierzy dyskowych dla środowiska wyspecyfikował następujące wymagania co do ilości kontrolerów macierzowych:

Minimum cztery kontrolery na każdą macierz dyskową. Dla uzyskania większej wydajności, a także zwiększenia bezpieczeństwa macierz musi mieć możliwość rozbudowy o kolejną parę kontrolerów w ramach jednej obudowy lub przyłączonych poprzez przełączniki. Rozwiązanie takie musi gwarantować zarządzanie z jednego interfejsu.

Odwołujący Infonet stwierdził, iż macierz NetApp AFF A700 nie spełnia powyższego wymagania.

Odwołujący Infonet wskazał, że wykonawca nie wypełnił w sposób pełny i konkretny tabeli z parametrami oferowanymi - załącznik 2a do s.i.w.z. dla pozycji ilość kontrolerów macierzowych. Wykonawca wpisał jedynie, że: „zaoferowano rozwiązanie z minimum 4 kontrolerami i z możliwością dalszej rozbudowy o kolejne pary kontrolerów”.

Z oferty wykonawcy nie wynika więc w jaki sposób oferowana macierz zapewnia rozbudowę kontrolerów, tj. czy odbędzie się to w ramach jednej obudowy czy też kontrolery

zostaną przyłączone poprzez przełączniki. Wykonawca nie potwierdził też, że rozwiązanie oferowane zagwarantuje zarządzanie z jednego interfejsu GUI, CLI.

W ocenie odwołującego Infonet zaniechanie to, w połączeniu z informacjami z oficjalnych opracowań producenta, wskazuje, że wykonawca nie ma możliwości spełnienia wymagania, zgodnie z którym dla uzyskania większej wydajności, a także zwiększenia bezpieczeństwa macierz musi mieć możliwość rozbudowy o kolejną parę kontrolerów.

Odwołujący Infonet podniósł, że kontrolery w macierzy NetApp A700 pracują tylko parami, w osobnych obudowach. W takim przypadku wydajność podsystemu wynika tylko z wydajności par kontrolerów, a nie czterech kontrolerów naraz. Z treści wymagania "możliwość rozbudowy o kolejną parę kontrolerów w ramach jednej obudowy" wynika, iż zamawiający oczekuje czterech kontrolerów w jednej obudowie, a ewentualna rozbudowa o kolejne pary kontrolerów może być realizowana za pomocą specjalnych połączeń poza obudowę.

W zależności od modelu systemu pamięci, para HA może składać się z dwóch kontrolerów w jednej obudowie lub dwóch kontrolerów w dwóch oddzielnych obudowach. Niektóre modele można skonfigurować w dowolny sposób, podczas gdy inne modele można skonfigurować tylko jako parę HA w jednej obudowie lub parę HA o podwójnej obudowie.

Odwołujący Infonet stwierdził, że zaproponowana konfiguracja nie odpowiada zapisowi: "Minimum cztery kontrolery na każdą macierz dyskową. Dla uzyskania większej wydajności, a także zwiększenia bezpieczeństwa macierz musi mieć możliwość rozbudowy o kolejną parę kontrolerów w ramach jednej obudowy...", ponieważ rozwiązanie po pierwsze nie pozwala na włożenie czterech kontrolerów do jednej obudowy, gdyż każda para kontrolerów jest instalowana w oddzielnej obudowie. Po drugie, nawet połączone, nie pracują one jako 4 kontrolery na potrzeby jednych zasobów danych, tylko jako pary kontrolerów. Oferowana macierz nie ma więc możliwości połączenia kolejnej pary kontrolerów w celu uzyskania większej wydajności i poprawy bezpieczeństwa, wręcz przeciwnie - połączenie pary kontrolerów poza obudowę przełącznikami zmniejszy bezpieczeństwo. W przypadku macierzy NetApp i wskazanego działania kontrolerów parami, jeżeli awarii ulegną dwa kontrolery, które działały w parze to dostęp do danych, które te dwa kontrolery udostępniały, będzie niemożliwy.

W celu wykazania argumentacji co do pojemności i ilości dysków macierzy jak i co do kontrolerów odwołujący Infonet złożył wraz z odwołaniem wniosek dowodowy o sporządzenie opinii biegłego z zakresu informatyki na potwierdzenie zarzutów i zastrzegł, że pula pytań może ulec zmianie, gdy w toku rozprawy strona przeciwna przedstawi swoje stanowisko.

W zakresie zarzutu 2 odwołujący Infonet podniósł, że pismem z dnia 27.12.2018 r. zamawiający wezwał Fujitsu do złożenia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny oraz treści oferty

w zakresie możliwości rozbudowy macierzy do 3000 dysków. W odpowiedzi wykonawca Fujitsu pismem z dnia 09.01.2019 r. przekazał odpowiedź na powyższe wezwanie, jednocześnie zastrzegając, że „na kolejnych stronach znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”. Wyjaśnienia powyższe nic zostały odtajnione, ani udostępnione wykonawcom, w tym odwołującemu Infonet, co należy ocenić negatywnie choćby z tego powodu, że oferta wykonawcy jest jawna, jak również oferowane rozwiązanie jest standardowe.

Pismem z dnia 24.05.2019 r. odwołujący Infonet przekazał zamawiającemu informację o wadliwościach dostrzeżonych w ofercie Fujitsu dotyczących niezgodności oferty złożonej przez tego wykonawcę z treścią s.i.w.z. Wadliwość ta dotyczyła kwestii omówionych powyżej w punkcie dotyczącym zarzutu niezgodności treści oferty z s.i.w.z., tj. ilości kontrolerów w proponowanej macierzy dyskowej NetApp AFF a700; ilości dysków wspieranych przez macierz dyskową NetApp AFF a700.

W wyniku ww. informacji, zamawiający pismem z dnia 04.06.2019 r. wezwał Fujitsu do wyjaśnienia treści oferty w zakresie informacji dotyczących rozbudowy zaoferowanego rozwiązania (parametrów SAN Scale-out), tj. „czy zaoferowane rozwiązanie zbudowane z macierzy dyskowej NetApp A700 (biorąc pod uwagę możliwości konfiguracyjne macierzy NetApp A700) spełnia wymagania zamawiającego dotyczące maksymalnej obsługiwanej przez dostarczoną macierz surowej pojemność realizowanej ja pomocą dysków Flash lub SSD, tj. min. 2000 TB przy jednoczesnej możliwości rozbudowy) do min. 3000 dysków”. W odpowiedzi, Fujitsu pismem z dnia 10.06.2019 r. przekazał informacje, które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz poprosił o ich nieudostępnianie osobom trzecim. Również te informacje nie zostały odtajnione ani udostępnione innym wykonawcom.

Odwołujący Infonet podniósł, że w niniejszym postępowaniu, Fujitsu składając w piśmie z dnia 09.01.2019 r. jak również w piśmie z dnia 10.06.2019 r. żądane wyjaśnienia ograniczył się do bardzo ogólnego wskazania, że „na kolejnych stronach znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [...]. Prosimy o ich nieudostępnianie osobom trzecim”.

Odwołujący Infonet zauważył, że w pismach tych Fujitsu nic ujawnił nawet uzasadnienia objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym, powyższe zastrzeżenia nie czynią zadość przesłankom wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy. Nie można bowiem uznać, że wykonawca ten wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący Infonet zauważył, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność. Każdy przypadek odstępstwa od tej reguły musi być natomiast uzasadniony i możliwy do weryfikacji. Nie jest zaś możliwym do zweryfikowania

zastrzeżenie tajemnicy, w sytuacji gdy nawet uzasadnienie jest niedostępne pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Taką sytuację należy uznać nie tylko za naruszającą art. 8 ust. 1-3 ustawy, ale również za godzącą w zasady równego traktowania wykonawców' i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący Infonet podniósł, że wykonawca zastrzegający poszczególną informację jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien wykazać, iż podjął szereg czynności naceLOWanych na ochronę tej informacji, typu opracowanie wewnętrznych reguł obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, wprowadzania odpowiednich postanowień w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologii zabezpieczających bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Okoliczności te powinny być dodatkowo poparte odpowiednimi dowodami. Tego rodzaju okoliczności nie mają zastosowania do złożonych przez Fujitsu wyjaśnień.

Ponadto, w ocenie odwołującego Infonet, w przedmiotowych okolicznościach faktycznych należy zwrócić uwagę na kontekst zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez Fujitsu. Wykonawca ten został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących zgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., z uwagi na to że odwołujący podniósł poważne zastrzeżenia co do tej zgodności i udowodnił je w piśmie z dnia 24.05.2019 r. Zatem, wyjaśnienia Fujitsu miały istotne znaczenie z punktu widzenia obalenia bądź też potwierdzenia zarzutów odwołującego Infonet. Działanie Fujitsu polegające na utajnieniu wyjaśnień należy zatem interpretować wyłącznie jako próbę uniemożliwienia dalszej weryfikacji oferty ze strony odwołującego Infonet.

Odwołujący Infonet zauważył, że oferowany przez Fujitsu produkt jest dostępny na rynku, w związku z tym każdy może go nabyć, jak również wystąpić do producenta o udostępnienie informacji produktowych oferowanych rozwiązań. Tym samym, parametry produktu oferowanego przez Fujitsu są możliwe do zweryfikowania po zasięgnięciu do dostępnych źródeł takich jak strona internetowa NetApp czy bezpośrednio u przedstawiciela handlowego producenta. Zatem wyjaśnienia dotyczące kwestii spełniania czy też nie spełniania danego parametru nie powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższe, należy uznać objęcie wyjaśnień złożonych w piśmie z dnia 10.06.2019 r. tajemnicą przedsiębiorstwa za nieuzasadnione i niezgodne z art. 8 ust. 1-3 ustawy oraz podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu 3, odwołujący Infonet podniósł, że przedmiotowym postępowaniu, zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p., wezwał pismem z dnia 14.05.2019 r. Fujitsu do złożenia oświadczeń i dokumentów określonych w s.i.w.z., w tym do

złożenia informacji z KRK dotyczącej członków zarządu i prokurentów. W odpowiedzi, Fujitsu przekazał m.in. wyciąg z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 25.09.2018 r., z którego wynika następujący skład zarządu: J. R. (członek zarządu), P. J. (członek zarządu), D. K. (prezes zarządu) i R. K. (członek zarządu), a także następujący prokurenci: D. D., M. G., A. G. i A. D. P. . Jednocześnie Fujitsu przekazał informacje z KRK dotyczące ww. osób. Informacje te opatrzone są datą z lipca i sierpnia 2018 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, w tym brak podstaw do wykluczenia.

Odwołujący Infonet podniósł, że z analizy aktualnych informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym (wyciąg z dnia 25.07.2019 w załączeniu) wynika, że w skład zarządu Fujitsu wchodzi następujące osoby: J. R. (członek zarządu), P. J. (członek zarządu) oraz D. K. (prezes zarządu), natomiast prokurentami są: D. D., M. G., A. G., A. D. P. oraz Ż. L. . Ta ostatnia osoba nie była wymieniona w przedłożonym przez Fujitsu wyciągu z KRS z dnia 25.09.2018 r., a w konsekwencji wykonawca ten nie przedłożył informacji z KRK dot. tej osoby. Oznacza to, że wykonawca Fujitsu nie wykazał braku postaw do wykluczenia go z postępowania, gdyż nie przekazał informacji z KRK dotyczącej wszystkich wymaganych osób. Odwołujący Infonet podkreślił, że dokumenty składane w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy powinny być aktualne na dzień ich złożenia, tzn. powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia w toku postępowania od dnia skłania ofert aż do jego zakończenia. Jeżeli zatem z aktualnego, tj. obecnego wyciągu z KRS wynika, iż prokurentem jest osoba, która nie była nim 8 miesięcy temu, to wykonawca powinien złożyć informację z KRK dotyczącą również tej osoby. Fujitsu natomiast zaniechał złożenia tego dokumentu, wobec czego należy stwierdzić, że nie wykazał się brakiem podstaw do wykluczenia. Tym samym, powinien zostać z postępowania wykluczony.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 lipca 2019 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa i wnosi o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego w pozostałym zakresie, przy jednoczesnym pominięciu zarzutu nr 1 , tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., pomimo że treść oferty złożonej przez tego wykonawcę nie odpowiada treści s.i.w.z. jako spóźnionego.

Odwołujący Infonet na posiedzeniu w Izby w dniu 2 sierpnia 2019 roku cofnął zarzuty nr 1 i 3 odwołania.

Przystępujący Fujitsu w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Izby w dniu 2 sierpnia 2019 roku wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 2.

Przystępujący Fujitsu w piśmie procesowym z dnia 1 sierpnia 2019 roku podniósł, że odwołanie w tym zakresie nie powinno podlegać rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt. 3 ustawy P.z.p., gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przystępujący Fujitsu stwierdził, że w odniesieniu bowiem do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający przekazał odwołującemu 2 z dnia 28 lutego 2019 r. informację znajdującą się w aktach sprawy, że nie może odtajnić wyjaśnień złożonych przez wykonawców Andra sp. z o.o. i Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., gdyż wyjaśnienia te zostały zastrzeżone przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

A zatem odwołujący Infonet najpóźniej od dnia 28 lutego 2019 r. posiadał informację o czynności, która mogła stanowić podstawę do wniesienia odwołania, w związku z czym uznać należy, że odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia przez zamawiającego powinno zostać pozostawione bez rozpoznania, gdyż zostało wniesione po terminie. Przystępujący wniósł więc o pozostawienie przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania.

Niezależnie od powyższego, na wypadek niepodzielenia przez Izbę argumentacji przedstawionej w zakresie pozostawienia zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień przystępującego bez rozpoznania, przystępujący oświadczył, że nie widzi potrzeby utrzymywania w tajemnicy informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień składanych w toku postępowania. Zatem przystępujący wyraża zgodę na ujawnienie przez zamawiającego treści uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dołączonych do wyjaśnień ze stycznia i czerwca 2019 r.

Przystępujący podkreślił, że składając wyjaśnienia z dnia 9 stycznia 2019 r., a także wyjaśnienia z dnia 10 czerwca 2019 r., w sposób szczegółowy uzasadnił z jakich względów informacje zawarte w tych dokumentach zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 j.t.). Dodatkowo, w wyjaśnieniach przedłożonych zamawiającemu dnia 9 stycznia 2019 r. przedstawił dowody potwierdzające okoliczności, o których mowa w uzasadnieniu zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dowody te zachowują aktualność również w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 10 czerwca 2019 r.

Poza okolicznościami wskazanymi i udowodnionymi w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący zaznaczył, że dobór urządzeń i sposób ich konfiguracji na potrzeby postępowania prowadzonego przez zamawiającego, a więc osadzony w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, powinien być uznany za *know — how* przystępującego wpływający na jego pozycję na rynku. Podkreślił, że jedynie szczegółowa wiedza odnośnie urządzeń firmy NetApp oraz możliwych powiązań tych urządzeń umożliwiła przystępującemu zaoferowanie niższej ceny. Wieloletnia współpraca przystępującego z firmą NetApp pozwoliła bowiem na uzyskanie wiedzy umożliwiającej dobór rozwiązań, które spełniają wszystkie wymogi postawione przez zamawiającego i są dla niego korzystne. Ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2019 r., wyjaśnieniach z dnia 10 czerwca 2019 r., a także w załączniku nr 1 do pisma procesowego, umożliwiłoby dobór konkurentom przystępującego podobnych rozwiązań w oparciu o znajomość możliwych połączeń sprzętu w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Mogłoby to z kolei narazić przystępującego na szkodę w postaci utraconych korzyści wynikających z niezyskiwania w przyszłości zamówień publicznych, których wykonanie powierzone zostałoby konkurentom przystępującego w oparciu o wiedzę w zakresie stosownego doboru rozwiązań firmy NetApp pozwalających uzyskać korzystne warunki realizacji zamówienia.

Mając na uwadze okoliczności powyższe przystępujący wniósł o odrzucenie (nierozpatrywanie) tego zarzutu, względnie o oddalenie przedmiotowego zarzutu jako bezpodstawnego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2018 roku zwrócił się do wykonawcy Andra o złożenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający podkreślił, że w trakcie badania ofert stwierdził, że cena oferty tego wykonawcy jest niższa o 79,42% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT i o 50,64% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zaznaczono, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy oraz, że ten zobowiązany jest złożyć dowody, potwierdzające prawidłowość kalkulacji ceny wynikającej z oferty.

Andra w odpowiedzi na wezwanie złożyła wyjaśnienia co do ceny i treści oferty, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dnia 22 lutego 2019 r. zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta Andra, której zamawiający przyznał łącznie 100 punktów. Druga w kolejności

sklasyfikowana została oferta Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której zamawiający przyznał 65,59 punktów.

Dnia 4 marca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, odwołanie złożył wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zarzucając zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Andra ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona i dokonania wyboru, oferty niezgodnie z ustawą P.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 marca 2019 roku sygn. akt: KIO 1425/19 nakazała wezwanie wykonawcy Andra do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do ceny oferty, którą kwotę przyjęto do kalkulacji cenowej, w odniesieniu do oferty cenowej producenta.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Izba stwierdziła, że przedstawione przez wykonawcę Andra pewne elementy kalkulacji cenowej wymagają złożenia dodatkowych wyjaśnień. Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień i treść złożonego przez producenta oświadczenia, a przede wszystkim przywołaną w nim kwotę, Izba doszła do przekonania, że zamawiający winien dodatkowo wyjaśnić, na jakiej podstawie wykonawca Andra (a w konsekwencji zamawiający oceniający złożone wyjaśnienia) przyjęli, że wycena oferty mogła nastąpić z uwzględnieniem kwoty wynikającej z oferty handlowej producenta w jej niższej wartości niż maksymalna granica kwotowa oferty handlowej. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zauważył, że oferta handlowa producenta zawierała widełki między maksymalną a minimalną ceną, jaką wykonawca Andra mógł zaoferować w ramach przedmiotowego zamówienia, a cena oferty Andra przekracza wartość minimalną z oferty handlowej (załącznik nr 2 do wyjaśnień). Z drugiej strony złożone przez producenta oświadczenie (załącznik nr 1 do wyjaśnień) odwołuje się do innej wartości niż kwota minimalna oferty handlowej. Jednocześnie przy przyjęciu do kalkulacji górnej granicy kwotowej z oferty handlowej producenta, nie następuje zbilansowanie ceny ofertowej z uwzględnieniem zysku, na który wskazywał wykonawca Andra. Zdaniem Izby, złożone wyjaśnienia powinny zostać doprecyzowane, czego wyrazem było nakazanie w wyroku wezwania wykonawcy Andra do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie kalkulacji ceny zawartej w ofercie w odniesieniu do informacji przedstawionych w oświadczeniu producenta.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2019 roku zamawiający wezwał skierował do wykonawcy Andra wezwanie:

„Zamawiający — Poczta Polska S.A. w imieniu, którego postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A. Pion Infrastruktury, realizując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2019 r. wzywa do złożenia dodatkowych wyjaśnień mających na celu doprecyzowanie zagadnień

związanych ze sposobem kalkulacji ceny zaoferowanej przez Państwa w ofercie biorąc pod uwagę warunki cenowe otrzymane od partnera handlowego (producenta) wskazane w załączniku nr 2 i załączniku nr 3 do wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2019 r. (dalej „Wyjaśnienia”). Wątpliwości, które należy precyzyjnie wyjaśnić dotyczą przyjętego przez Państwa poziomu kwotacji wskazanego przez producenta do sporządzenia ceny zaoferowanej w złożonej przez Państwa ofercie, biorąc pod uwagę fakt, że oferta handlowa producenta (Załącznik nr 2 oraz 3 do Wyjaśnień) zawierała widełki między maksymalną a minimalną ceną jaką Andra Sp. z o.o. mogła zaoferować w przedmiotowym postępowaniu.

Dodatkowo prosimy o wyjaśnienie czy załączona do Wyjaśnień oferta handlowa producenta obejmuje swoim zakresem również szafy montażowe z wyposażeniem i gwarancją zgodnie z opisem w OPZ (wskazane w pkt 2 formularza cenowego), jeśli nie dodatkowe wyjaśnienia powinny zawierać również informacje dotyczące kalkulacji ceny w zakresie szafy montażowej. Powyższe jest istotne do ustalenia czy przyjęte przez Państwa założenia bilansują się na cenę ofertową z jednoczesnym uwzględnieniem poziomu zysku, który wskazali Państwo w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2019 r.

Dokumenty i oświadczenia należy złożyć do dnia 9 kwietnia 2019 r.”

Pismem z dnia 9 kwietnia 2019 roku, doręczonym zamawiającemu w tym samym dniu, wykonawca Andra wyjaśnił, że ceny zaoferowane przez Andra zostały skalkulowane w sposób wskazany w formularzu ofertowym (Załącznik nr 2 do SIWZ „Formularz cenowy”) z uwzględnieniem czynników wyjaśnianych uprzednio przez Spółkę w treści wyjaśnień z 9 stycznia 2019 r., jak również na rozprawie w KIO. Spółka wskazuje, że wycenę oferty ustaliła z uwzględnieniem kwoty wynikającej z oferty handlowej producenta, zgodnie ze szczegółową ofertą produktową dołączoną jako Załącznik nr 2 do wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2019 r.

Wykonawca Andra wskazał, że zgodnie z polityką korporacyjną IBM, mógł zaoferować zamawiającemu cenę mieszczącą się w „widełkach” między wartością zakupu/minimalną, która wynika ze szczegółowej oferty produktowej i jest ceną SBO, tj. „Special Bid Offer, a maksymalną, wyznaczoną przez IBM. Powyższe było wyjaśniane także w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 15 marca 2019 r., czego dowodzi np. cytaty ze strony 10 protokołu z dnia 15 marca 2019 r.

Tak wyliczona cena mieści się w warunkach szczegółowej oferty produktowej IBM. Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi na rozprawie w sposób zgodny przez przystępującego oraz zamawiającego, i co zostało zaakceptowane przez KIO w wyroku z dnia 19 marca 2019 r., zamówienie ma charakter dostawy, zatem sposób kalkulacji zysku nie wymaga uwzględnienia szeregu czynników pracotwórczych oraz katalogu ryzyk związanych z wdrażaniem rozwiązania informatycznego, które w tym przypadku nie występują. Należy zatem stwierdzić, że rację ma KIO, która w wyroku uznała, że: Jednocześnie przy przyjęciu do

kalkulacji górnej granicy kwotowej z oferty handlowej producenta, nie następuje zbilansowanie ceny ofertowej z uwzględnieniem zysku, na który wskazywał przystępujący (strona 24 wyroku z dnia 19 marca 2019 r.). Jednak to rozważanie jest nieistotne w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyż Andra w kalkulacji dla zamawiającego przyjęła bowiem cenę zakupu wynikającą ze szczegółowej oferty produktowej IBM, a nie cenę maksymalną.

Odnosząc się bezpośrednio do wezwania zamawiającego, wykonawca Andra wskazał i oświadczył, że jego oferta obejmuje swoim zakresem szafy montażowe z wyposażeniem i gwarancją zgodnie z opisem w OPZ (wskazane w pkt 2 formularza cenowego — Załącznik nr 2 do s.i.w.z.). Wskazana w formularzu cenowym oferta cenowa wykonawcy została czynnością zamawiającego z dnia 27 grudnia 2018 r. poprawiona jako oczywista omyłka rachunkowa, w konsekwencji czego cena oferty razem wynosi 2.129.901,21 zł (okoliczność bezsporna).

Jednocześnie wykonawca Andra wskazał, że szczegółowe informacje dotyczące zaoferowanych szaf montażowych z wyposażeniem i gwarancją zgodnie z opisem w OPZ (wskazane w pkt 2 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z.) zostały umieszczone już w ofercie ANDRA złożonej przez Spółkę na stronach 21-27.

Wykonawca Andra wskazał, że oświadczenie w tym przedmiocie złożył również podczas rozprawy w KIO (cytat z protokołu z 15 marca 2019 r. str. 13): *Na pytanie członka składu orzekającego czy w załącznikach 1 i 2 uwzględniono wartość dostawy szafy wymaganej odrębnie do podania w formularzu ofertowym — odpowiada twierdząco. Wyjaśnia, iż dotyczy to kosztów szafy i wszystkich elementów wyposażenia, kosztów montażowych.*

Wykonawca Andra potwierdził, że przyjęte przez niego założenia bilansują się na cenę ofertową z jednoczesnym uwzględnieniem poziomu zysku, który wskazał już w wyjaśnieniach z 9 stycznia 2019r. Żaden z tu omawianych elementów nie stanowi nowości względem treści oferty Andra — czyli załącznika nr 2 do s.i.w.z. ani wyjaśnień z 9 stycznia 2019 r.

Jak jednak wskazywano już w wyjaśnieniach z 9 stycznia 2019 r. oraz wskazywano w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 15 marca 2019 r., podana tam kwota jest kwotą „w przybliżeniu”:

- część nr 1 w przybliżeniu— *netto prognozowanego zysku* (cytat strona 8 wyjaśnień).

Różnica w stosunku do wskazanej, prognozowanej kwoty, stanowi drugą część zysku, realizowaną przez Andra w ramach oferty dla zamawiającego, i jest osiągnięta w ramach pozycji nr 2 oferty ANDRA. Jest to wartość minimalna jaką zrealizuje ANDRA w ramach tej pozycji oferty, po odliczeniu nakładów i kosztów.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym na rozprawie, cena podana w ofercie przystępującego, w odniesieniu do obu pozycji nr 1 i nr 2 formularza cenowego, zawiera wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i uwzględnia wszystkie

uwarunkowania zawarte w s.i.w.z.. W cenie uwzględniono wszystkie obciążenia, tak publicznoprawne jak i inne wynikające z realizacji potencjalnego kontraktu.

Powyższe wyjaśnienia dowodzą spójności i kompletności wyliczeń przekazanych zamawiającemu już w toku procedury wyjaśniania zaoferowanej przez Andra ceny oferty. Andra wskazuje, że niniejsze wyjaśnienia zostały złożone wyłącznie na bazie dokumentów i oświadczeń składanych już uprzednio czy to w ofercie, w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2019 r., czy też wreszcie w trakcie rozprawy KIO z dnia 15 marca 2019 r.

W dniu 19 kwietnia 2019 roku wykonawca Andra złożył kolejne wyjaśnienia. Oprócz informacji wskazanych w piśmie z dnia 2 kwietnia 2019 roku, wykonawca Andra przedstawił kalkulację zysku w tabeli oraz kalkulację cenową kompletnej szafy.

Przystępujący Fujitsu w dniu 27 grudnia 2018 r. został wezwany do wyjaśnienia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz czy zaoferowane urządzenia spełniają wymogi określone przez zamawiającego.

Pismem z dnia 9 stycznia 2019 roku przystępujący Fujitsu udzielił żądanych wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419 j.t.).

Przystępujący Fujitsu stwierdził, że:

a) zastrzeżone informacje posiadają dla niego istotną wartość gospodarczą oraz stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne;

b) informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

c) przystępujący Fujitsu, jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji oraz rozporządzania nimi, podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu zachowania ich poufności.

Przystępujący Fujitsu wskazał, że podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko, wyrażone w dokumentach załączonych do oferty, a także w piśmie z dnia 7 stycznia 2019 r. w zakresie zamiaru odtajnienia przez zamawiającego informacji zastrzeżonych w ofercie przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący uznaje bowiem, że dla informacji przekazanych zamawiającemu wraz z ofertą, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także dla informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach (zarówno w odniesieniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak i wyjaśnień składanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.) spełnione zostały przesłanki określone dla

skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. Ponadto spełniają one cechy definicyjne tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący Fujitsu wskazał, że:

a) zastrzeżone informacje posiadają dla niego istotną wartość gospodarczą oraz stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne:

Będąc wezwanym do złożenia wyjaśnień, przystępujący postanowił rzetelnie odnieść się do wezwania i udzielając kompletnych wyjaśnień, wskazał bardzo szczegółowo relacje gospodarcze ze swoim kontrahentami - przedstawił bowiem konkretne ceny, które oferują jego kontrahenci za konkretne produkty, w tym przedstawiając cenę jednostkową za produkt. Przystępujący w punkcie II wyjaśnień odniósł się także w szczególności do możliwości konfiguracji oferowanego sprzętu. Takie informacje stanowią ściśle chronione w biznesowej rzeczywistości zestawienie obrazujące handlowe możliwości oraz strategię przystępującego oraz całej międzynarodowej grupy Fujitsu.

Ujawnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny spowodowałoby, że inni wykonawcy powzieliby informacje o szczegółach stosunków handlowych pomiędzy przystępującym a jego kontrahentami, a także poznałyby informacje o cenach stosowanych wewnątrz w ramach grupy Fujitsu. Natomiast poprzez ujawnienie wyjaśnień składanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. podmioty trzecie mogłyby poznać informacje o kalibracji urządzeń oferowanych przez przystępującego. Spowodowałoby to naruszenie nie tylko ściśle chronionej tajemnicy przez przystępującego, lecz jednocześnie stanowiłoby naruszenie ściśle chronionej tajemnicy grupy Fujitsu i kontrahentów biznesowych przystępującego.

W przypadku, gdy zamawiający przekáže podmiotom trzecim przekazane mu przez przystępującego informacje w ramach wyjaśnień, może on ponieść wobec przystępującego odpowiedzialność odszkodowawczą, na którą składać się będzie strata oraz utracone korzyści. Przystępujący podkreślił, że skutki ewentualnego naruszenia ze strony zamawiającego w razie ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego mogą wykraczać poza granice Rzeczypospolitej Polskiej i mogą spowodować roszczenia także ze strony podmiotów powiązanych z przystępującym w ramach grupy Fujitsu, w tym mogą spowodować roszczenia ze strony kontrahentów, z czym wiąże się roszczenie odszkodowawcze za stratę i utracone korzyści przy uwzględnieniu wartości poniesionej szkody przez międzynarodową grupę Fujitsu oraz podmioty z nią współpracujące.

b) zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem Informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

Przystępujący Fujitsu stwierdził, że w żadnym wypadku nie ujawnił i nie zamierza ujawniać do wiadomości publicznej informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach. Wyjaśnienia zostały przygotowane na potrzeby postępowania, w związku z czym nie można ich uzyskać w zwykłej, dozwolonej drodze i nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie są łatwo dostępne dla takich osób (zarówno poszczególne ich elementy, jak i całość), gdyż dotyczą relacji przystępującego z producentami sprzętu dostarczanego na potrzeby postępowania. Tym samym nie może budzić wątpliwości okoliczność, iż nigdy nie były one ujawniane do wiadomości publicznej przez przystępującego. Najlepszym dowodem na tę okoliczność jest sama treść wyjaśnień.

c) przystępujący podjął niezbędne czynności w celu zachowania informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach w poufności:

Przystępujący zobowiązał się nie ujawniać do wiadomości publicznej zastrzeżonych przez siebie informacji, w tym zobowiązał się w stosunku do kontrahentów, że nie ujawni informacji dotyczących relacji na linii wykonawca — producent, czyniąc wyjątek wyłącznie dla zamawiającego w postępowaniu. W świetle ww. nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie mogą być uzyskane przez zainteresowany podmiot postronny w zwykłej i dozwolonej drodze.

Przystępujący Fujitsu poinformował ponadto, że podjął działania mające zabezpieczyć zastrzeżone informacje, które to działania są wystarczające do zachowania w tajemnicy informacji poufnych. W szczególności:

- poufne informacje są przechowywane na nośnikach informacji, do których dostęp mają wyłącznie osoby do tego upoważnione (ograniczony krąg osób);

- dokumenty zawierające informacje poufne są przechowywane w sposób zapewniający dostęp do informacji ograniczonemu kręgowi osób, w tym poprzez przechowywanie informacji w zamkniętych pomieszczeniach, umożliwiając dostęp do nich osobom posiadającym indywidualny login i hasło oraz posiadającym indywidualne karty wejściowe do pomieszczeń;

- przystępujący zawarł umowy o zachowaniu poufności tak ze swoimi pracownikami, współpracownikami, jak i z kontrahentami, które to umowy przeciwdziałają ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

- przystępujący posiada i egzekwuje wewnętrzne procedury bezpieczeństwa, które zmierzają do uniemożliwienia zapoznania się z tymi informacjami przez podmioty postronne, a którym służy m.in, niniejsze zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i oznaczenie dokumentów przy pomocy klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” lub równoważnych.

Na potwierdzenie okoliczności wskazanych powyżej przystępujący przedłożył Instrukcję dotyczącą sposobu i trybu przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „Zastrzeżone” w podległych komórkach organizacyjnych oraz zakres i warunki stosowania środków bezpieczeństwa fizycznego w celu ich ochrony w Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., stanowiącą załącznik nr 1 do wyjaśnień, a także certyfikat normy ISO/IEC 27001 :2013, obejmujący grupę Fujitsu (w tym przystępującego - strona 9 certyfikatu), dotyczący m. in. zarządzania bezpieczeństwem informacji, stanowiący załącznik nr 2 do wyjaśnień.

Zamawiający w dniu 4 czerwca 2019 roku wezwał wykonawcę Fujitsu do wyjaśnienia treści oferty w zakresie informacji dotyczących rozbudowy zaoferowanego rozwiązania (dotyczące parametrów SAN Scale-out), tj. :

- 1) Czy zaoferowane rozwiązanie zbudowane z macierzy dyskowej NetApp A700 (biorąc pod uwagę możliwości konfiguracyjne macierzy NetApp A700) spełnia wymagania zamawiającego dotyczące maksymalnej obsługiwanej przez dostarczoną macierz surowej pojemność realizowanej za pomocą dysków Flash lub SSD, tj. Minimum 2000 TB przy jednoczesnej możliwości rozbudowy do min 3000 dysków.

Pismem z dnia 10 czerwca 2019 roku przystępujący udzielił żądanych wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przystępujący podniósł, że podtrzymuje w całości uzasadnienie do zachowania w tajemnicy przekazane do wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2019 r. Przekazane pismem informacje spełniają cechy definicyjne tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący wskazał, że:

a) zastrzeżone informacje posiadają dla niego istotną wartość gospodarczą oraz stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne:

Przystępujący stwierdził, że odniósł się w szczegółowy sposób do możliwości konfiguracji oferowanego sprzętu oraz sposobu, w jaki zapewniono spełnienie wymagań s.i.w.z. Takie informacje stanowią ściśle chronione w biznesowej rzeczywistości zestawienie obrazujące handlowe możliwości oraz strategię przystępującego oraz całej międzynarodowej

grupy Fujitsu. Ujawnienie wyjaśnień składanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. spowodowałoby, że podmioty trzecie mogłyby powziąć informacje o kalibracji urządzeń oferowanych przez przystępującego. Spowodowałoby to naruszenie nie tylko ściśle chronionej tajemnicy przez przystępującego, lecz jednocześnie stanowiłoby naruszenie ściśle chronionej tajemnicy grupy Fujitsu i kontrahentów biznesowych przystępującego.

Przystępujący wskazał, że w przypadku, gdy zamawiający przekaże podmiotom trzecim przekazane mu przez przystępującego informacje w ramach wyjaśnień, może on ponieść wobec przystępującego odpowiedzialność odszkodowawczą, na którą składać się będzie strata oraz utracone korzyści. Przystępujący podkreślił, że skutki ewentualnego naruszenia ze strony zamawiającego w razie ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego mogą wykraczać poza granice Rzeczypospolitej Polskiej i mogą spowodować roszczenia także ze strony podmiotów powiązanych z przystępującym w ramach grupy Fujitsu, w tym mogą spowodować roszczenia ze strony kontrahentów, z czym wiąże się roszczenie odszkodowawcze za stratę i utracone korzyści przy uwzględnieniu wartości poniesionej szkody przez międzynarodową grupę Fujitsu oraz podmioty z nią współpracujące.

b) zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

Przystępujący podniósł, że w żadnym wypadku nie ujawnił i nie zamierza ujawniać do wiadomości publicznej informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach. Wyjaśnienia zostały przygotowane na potrzeby postępowania, w związku z czym nie można ich uzyskać w zwykłej, dozwolonej drodze i nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie są łatwo dostępne dla takich osób (zarówno poszczególne ich elementy, jak i całość), gdyż dotyczą przygotowania sprzętu i oferty w konkretnym postępowaniu. Tym samym nie może budzić wątpliwości okoliczność, iż nigdy nie były one ujawniane do wiadomości publicznej przez przystępującego.

c) przystępujący podjął niezbędne czynności w celu zachowania informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach w poufności:

Przystępujący zobowiązał się nie ujawniać do wiadomości publicznej zastrzeżonych przez siebie informacji, w tym zobowiązał się w stosunku do kontrahentów, że nie ujawni informacji dotyczących relacji na linii wykonawca -- producent (w tym NetApp, którego oświadczenie jest załączane do wyjaśnień), czyniąc wyjątek wyłącznie dla zamawiającego w postępowaniu. W świetle ww. nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie mogą być uzyskane przez zainteresowany podmiot postronny w zwykłej i dozwolonej drodze.

Przystępujący stwierdził, że w jego przedsiębiorstwie są ponadto podejmowane działania mające zabezpieczyć zastrzeżone informacje, które to działania są wystarczające do zachowania w tajemnicy informacji poufnych. W szczególności:

- poufne informacje są przechowywane na nośnikach informacji, do których dostęp mają wyłącznie osoby do tego upoważnione (ograniczony krąg osób);

- dokumenty zawierające informacje poufne są przechowywane w sposób zapewniający dostęp do informacji ograniczonemu kręgowi osób, w tym poprzez przechowywanie informacji w zamkniętych pomieszczeniach, umożliwiając dostęp do nich osobom posiadającym indywidualny login i hasło oraz posiadającym indywidualne karty wejściowe do pomieszczeń;

- wykonawca zawarł umowy o zachowaniu poufności tak ze swoimi pracownikami, współpracownikami, jak i z kontrahentami, które to umowy przeciwdziałają ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

Przystępujący stwierdził, że posiada i egzekwuje wewnętrzne procedury bezpieczeństwa, które zmierzają do uniemożliwienia zapoznania się z tymi informacjami przez podmioty postronne, a którym służy m.in. niniejsze zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i oznaczenie dokumentów przy pomocy klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” lub równoważnych.

Pismem z dnia 15 lipca 2019 roku zamawiający poinformował, że w postępowaniu na dostawę macierzy dyskowych dla środowiska x86 — część 1 zamówienia, dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert. Za najkorzystniejszą ofertę w części 1 została uznana oferta Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-231) przy ul. Jutrzenki 137. Oferta wykonawcy spełnia wymagania zamawiającego oraz uzyskała najwyższą liczbę punktów (100 pkt). Oferta wykonawcy Infonet Projekt S.A. w Bielsku-Białej otrzymała 94 pkt.

Zamawiający poinformował, że oferta wykonawcy Andra została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p., ponieważ wyjaśnienia wykonawcy nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podał następujące przyczyny odrzucenia oferty wykonawcy Andra:

„W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2019 r. (sygn. akt: KIO 377/19) Zamawiający pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. wezwał Wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, dotyczących kalkulacji ceny, mających na celu doprecyzowanie

zagadnień związanych ze sposobem kalkulacji zaoferowanej ceny. Termin do złożenia wyjaśnień wyznaczony został do dnia 9 kwietnia 2019 r.

W piśmie z dnia 9 kwietnia 2019 r. (złożonym w terminie określonym przez Zamawiającego) Wykonawca przedstawił wyjaśnienia, które nie doprowadziły do rozwiania wątpliwości w zakresie kalkulacji poszczególnych elementów ceny, wręcz przeciwnie, Wykonawca ponownie przytoczył wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 9.01 2019 r., jak również podniósł argumenty prezentowane podczas rozprawy, a które nie znalazły uznania składu orzekającego, i nie wyjaśnił precyzyjnie zagadnień związanych ze sposobem kalkulacji zaoferowanej ceny z uwzględnieniem warunków cenowych otrzymanych od partnera handlowego (producenta).

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 2 kwietnia 2019 r. Zamawiający podniósł konieczność wyjaśnienia kwestii kosztów szaf montażowych, zwracając się z prośbą o wyjaśnienie, czy oferta handlowa producenta załączona do wyjaśnień z dnia 9 stycznia 2019 r. obejmuje swoim zakresem również szafy montażowe z wyposażeniem i gwarancją, zgodnie z OPZ, a jeśli nie to dodatkowe wyjaśnienia powinny zawierać również informacje dotyczące kalkulacji ceny w zakresie szafy montażowej. W odpowiedzi Wykonawca bez szczegółowych wyjaśnień i kalkulacji cenowej w tym zakresie wskazał poziom zysku, jaki osiąga na pozycji drugiej formularza ofertowego (szafy montażowe do macierzy wraz z wyposażeniem). Należy w tym miejscu wskazać, iż w ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę oświadczenie w tym zakresie jest sprzeczne z oświadczeniem złożonym na rozprawie w odpowiedzi na pytanie jednego z członków składu orzekającego, a mianowicie, że koszty szafy i wszystkich elementów wyposażenia, koszty montażowe zostały uwzględnione w załączniku nr 1 i 2 do wyjaśnień Wykonawcy z dnia 9 stycznia 2019 r. (tj. wyjaśnień producenta IBM oraz warunkach cenowych otrzymanych od partnera handlowego). Mając na uwadze tak złożone na rozprawie oświadczenia, tzn. że w ofercie handlowej producenta uwzględnione są wszystkie koszty, należy wskazać iż poziom zysku jaki czysto teoretycznie powinien osiągnąć Wykonawca na przedmiotowej umowie różni się od tego, który wskazał w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia i 9 kwietnia 2019 r., a w konsekwencji Zamawiający ma uzasadnione wątpliwości w zakresie elementów cenotwórczych oraz realności i rzetelności zaoferowanej mu ceny. Należy wskazać, iż w pierwotnych wyjaśnieniach Wykonawca w ogóle nie podniósł oraz nie wykazał jako osobnych elementów cenotwórczych kosztów związanych z zakupem i dostawą szaf montażowych, które pojawiły się dopiero w wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2019 r. Jeśli natomiast należałoby przyjąć, że oferta handlowa producenta nie obejmowała kosztów szaf montażowych do macierzy (według wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2019 r.) to jednoznacznie należy wskazać, iż Wykonawca nie przedstawił zgodnie z żądaniem Zamawiającego z dnia 2

kwietnia 2019 r. żadnych wyjaśnień ani szczegółowych kalkulacji cenowych w zakresie szaf montażowych w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Żądane wyjaśnienia Wykonawca przedłożył Zamawiającemu samodzielnie już po terminie, tj. dopiero w dniu 19 kwietnia 2019 r.

W tym miejscu należy podkreślić, iż składanie wyjaśnień w zakresie poszczególnych elementów ceny oferty nie jest działaniem dowolnym, a w szczególności, gdy dotyczy wyjaśnień uzupełniających, powinny one szczegółowo odnosić się do wezwania Zamawiającego, czego Wykonawca w przedmiotowym stanie faktycznym nie zrobił. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia Wykonawcy powinny być spójne i kompletne (wyczerpujące), oznacza to, że prawidłowość ceny powinna zostać wykazana wyjaśnieniami składanymi Zamawiającemu, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia, to na Wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował, jakie założenia przyjął do kalkulacji i co w niej uwzględnił. W przedmiotowym stanie faktycznym wyjaśnienia uzupełniające Wykonawcy w ocenie Zamawiającego nie były wyczerpujące i nie odpowiadały na wszystkie wątpliwości wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 2 kwietnia 2019 r.

Dodatkowo należy wskazać, iż przedstawione po terminie wyjaśnienia z dnia 19 kwietnia 2019 r., w tym kalkulacje cenowe szaf montażowych rodzą po stronie Zamawiającego wątpliwość co do wiarygodności dotychczasowych wyjaśnień w zakresie rzeczywistych kosztów oraz osiąganego przez Wykonawcę zysku. Analiza przedstawionych przez Wykonawcę wycen w tabeli na str. 8 (pn. zakup kompletnej szafy) w ramach wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2019 r. w ocenie Zamawiającego prowadzi do jednoznacznego wniosku że są one wewnętrznie sprzeczne, a wręcz miejscami niektóre wartości są podwójnie sumowane, co w konsekwencji daje wycenę nie 2 a 4 sztuk szaf montażowych, pomimo, że w ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający zamawia 2 szt. macierzy i 2 szt. szaf montażowych. Przedstawiona kalkulacja prowadzi do wniosku, że przedstawiane elementy wyceny są dopasowywane do kalkulacji ceny przedstawionej w piśmie z dnia 9.01.2019 r. i na rozprawie przed KIO w dniu 15.03.19 r.

Należy wskazać, iż prawidłowość ceny powinna zostać wykazana wyjaśnieniami składanymi Zamawiającemu przez Wykonawcę, ponieważ to na Wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował, jakie założenia przyjął do kalkulacji i co w niej uwzględnił. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wykładni art. 90 ust. 1 i 3 p.z.p. to Wykonawca w ramach swoich wyjaśnień, co do sposobu kalkulacji ceny, winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że jego

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a w konsekwencji ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Zamawiającego należy stwierdzić, że wyjaśnienia i kalkulacje cenowe przedstawione przez Wykonawcę są nierzetelne i niespójne, a w konsekwencji wyjaśnienia Wykonawcy nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że obydwaj odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Sygn. akt: KIO 1425/19

Odwołanie jest zasadne.

Izba dokonała oceny podniesionych zarzutów w odniesieniu do czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego Andra na podstawie okoliczności zawartych w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty odwołującego Andra, przedstawionych w piśmie z dnia 15 lipca 2019 roku.

Zamawiający w przedmiotowym piśmie stwierdził, że odwołujący Andra w piśmie z dnia 9 kwietnia 2019 roku przedstawił wyjaśnienia, które nie doprowadziły do rozwiania wątpliwości w zakresie kalkulacji poszczególnych elementów ceny. Odwołujący Andra ponownie przytoczył wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 9.01 2019 r., jak również podniósł argumenty prezentowane podczas rozprawy w sprawie KIO 377/19, które nie znalazły uznania składu orzekającego, i nie wyjaśnił precyzyjnie zagadnień związanych ze sposobem kalkulacji zaoferowanej ceny z uwzględnieniem warunków cenowych otrzymanych od partnera handlowego (producenta).

W ocenie Izby stanowisko zamawiającego jest bezpodstawne. Odwołujący Andra w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2019 roku wskazał, na czym oparł się kalkulując cenę oferty macierzy i wyjaśnienia te nie budzą wątpliwości Izby.

Izba przeprowadziła dowód z informacji IBM Polska Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 9 stycznia 2019 roku, dołączonej do wyjaśnień odwołującego Andra z dnia 9 stycznia 2019 roku. Z informacji wynika, że odwołujący Andra uzyskał dla przedmiotowego zadania wycenę w oparciu o Specjalną Cenę Ofertową (Special Bid Offer – SBO). Partner handlowy IBM przyjmując warunki kontraktu SBO zobowiązał się do zaoferowania ceny specjalnej przyznanej

przez IBM tylko dla wskazanego klienta i w kwocie nie wyższej niż podana w przedmiotowej kwotacji.

Z powyższego wynika, że odwołujący Andra mógł zaoferować zamawiającemu cenę nie wyższą niż określona we wskazanej informacji. Do wyjaśnień dołączono również szczegółową ofertę produktową, zawierającą zarówno cenę maksymalną (tożsamą z ceną zawartą w informacji z dnia 9 stycznia 2019 roku), jak i cenę minimalną, stanowiącą wartość zakupu produktu ustaloną dla odwołującego Andra przez IBM. Z powyższego wynika, że cena, jaką ostatecznie odwołujący Andra mógł zaoferować zamawiającemu, musiała mieścić się w przedziale pomiędzy wartością zakupu/minimalną, a ceną maksymalną.

Z ustaleń dokonanych w sprawie na podstawie oferty odwołującego Andra, wyjaśnień z dnia 9 stycznia i 9 kwietnia br. wynika, że odwołujący Andra zaoferował cenę mieszczącą się w wyznaczonym przedziale. W ocenie Izby spełnienie tego warunku jest wystarczającą okolicznością do stwierdzenia, że odwołujący Andra wyjaśnił, w jaki sposób skalkulował cenę macierzy, którą następnie zaoferował zamawiającemu. Brak jest podstaw do twierdzenia, iż zaoferowanie ceny niższej niż maksymalna wymaga składania dodatkowych wyjaśnień i przedstawiania dodatkowych kalkulacji. Cena zaoferowana przez odwołującego Andra jest zgodna z warunkami ustalonymi przez IBM dla odwołującego Andra i nie wymaga składania żadnych dodatkowych informacji.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 2 kwietnia 2019 roku zamawiający wezwał wykonawcę Andra do wyjaśnienia, czy załączona do wyjaśnień oferta handlowa producenta obejmuje swoim zakresem również szafy montażowe z wyposażeniem i gwarancją zgodnie z opisem w OPZ (wskazane w pkt. 2 formularza cenowego). Jeśli nie – dodatkowe wyjaśnienia powinny zawierać również informacje dotyczące kalkulacji ceny w zakresie szafy montażowej. Zamawiający wskazał, że powyższe jest istotne do ustalenia czy przyjęte przez odwołującego założenia bilansują się na cenę ofertową z jednoczesnym uwzględnieniem poziomu zysku, który wskazał w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2019 r.

W wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia br. odwołujący Andra stwierdził m.in., że jego oferta obejmuje swoim zakresem szafy montażowe z wyposażeniem i gwarancją zgodnie z opisem w OPZ. Odwołujący wskazał również poziom zysku, jaki osiąga na pozycji drugiej formularza ofertowego (szafy montażowe do macierzy wraz z wyposażeniem).

Zamawiający w piśmie z dnia 15 lipca 2019 roku zarzucił odwołującemu, że jego oświadczenie w tym zakresie jest sprzeczne z oświadczeniem złożonym na rozprawie w odpowiedzi na pytanie jednego z członków składu orzekającego, a mianowicie, że koszty szafy i wszystkich elementów wyposażenia, koszty montażowe zostały uwzględnione w załączniku

nr 1 i 2 do wyjaśnień odwołującego z dnia 9 stycznia 2019 r. (tj. wyjaśnień producenta IBM oraz warunkach cenowych otrzymanych od partnera handlowego).

Izba przeprowadziła dowód z treści protokołu rozprawy w sprawie sygn. akt KIO 377/19 z dnia 15 marca 2019 roku i ustaliła, że na jego stronie 13 znajduje się następujący fragment: „Na pytanie członka składu orzekającego czy w załącznikach 1 i 2 uwzględniono wartość dostawy szafy wymaganą odrębnie do podania w formularzu ofertowym — (odwołujący Andra) odpowiada twierdząco. Wyjaśnia, iż dotyczy to kosztów szafy i wszystkich elementów wyposażenia, kosztów montażowych.”

Jak wynika z oświadczenia odwołującego Andra złożonego na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2019 roku oraz pisma zamawiającego z dnia 15 lipca 2019 roku, zarówno odwołujący Andra, jak i zamawiający, zrozumieli zadane pytanie odmiennie. Odwołujący był przekonany, iż chodzi o załączniki do oferty, natomiast zamawiający – że do wyjaśnień z dnia 9 stycznia br.

W ocenie Izby, analiza treści wskazanego fragmentu protokołu, nie pozwala na jednoznacznie ustalenie, których załączników dotyczyło zadane pytanie. Zarówno do oferty, odwołującego Andra, jak i do jego wyjaśnień z dnia 9 stycznia br., dołączone były załączniki, których treść odnosiła się w taki czy inny sposób do szaf montażowych. Brak jest zatem podstaw do obciążania odwołującego Andra wyłączną odpowiedzialnością za zrozumienie zadanego pytania w odmienny sposób niż zrobił to zamawiający.

Tym samym podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii, o które pytał zamawiający, mają złożone przez odwołującego Andra wyjaśnienia z dnia 9 stycznia oraz 9 kwietnia br. Zamawiający w piśmie z dnia 15 lipca 2019 roku zarzucił odwołującemu Andra, że poziom zysku, jaki czysto teoretycznie powinien osiągnąć wykonawca na przedmiotowej umowie różni się od tego, który wskazał w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia i 9 kwietnia 2019 r., a w konsekwencji zamawiający ma uzasadnione wątpliwości w zakresie elementów cenotwórczych oraz realności i rzetelności zaoferowanej mu ceny.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego. Odwołujący Andra w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia br. wskazał zysk netto w określonej kwocie, zaznaczając, że jest to wartość podana w przybliżeniu. Z kolei w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia br. wskazał tę samą kwotę, tyle że w rozbiciu na 2 składniki wynikające z dwóch pozycji znajdujących się w jego formularzu cenowym. Podane wartości oraz wykonane obliczenia nie budzą wątpliwości Izby co do ich poprawności.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, wyrażonego w piśmie z dnia 15 lipca 2019 roku, iż w pierwotnych wyjaśnieniach odwołujący w ogóle nie podniósł oraz nie wykazał

jako osobnych elementów cenotwórczych kosztów związanych z zakupem i dostawą szaf montażowych, które pojawiły się dopiero w wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2019 r., Izba wskazuje na treść wezwania z dnia 2 kwietnia br., gdzie zamawiający wymagał podania kalkulacji ceny w zakresie szaf montażowych do ustalenia, czy przyjęte przez odwołującego założenia bilansują się na cenę ofertową z jednoczesnym uwzględnieniem poziomu zysku, który odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2019 r.

Izba wskazuje, że odwołujący Andra w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia br. zamieścił informacje, które pozwoliły na ustalenie okoliczności, o które pytał zamawiający. Odwołujący od momentu złożenia pierwszych wyjaśnień, tj. w dniu 9 stycznia, konsekwentnie wskazywał kwotę zysku, jaką zamierza uzyskać na przedmiotowym zadaniu. Kwota ta nie ulegała zmianom w dalszych wyjaśnieniach i bilansowała się na cenę ofertową. Odwołujący Andra jedynie tę kwotę uszczegółowił poprzez wskazanie, w jakich częściach poszczególne elementy zamówienia generują zakładany zysk. Jeżeli zamawiający wymagał podania również innych danych, winien był precyzyjnie wskazać zakres wymaganych informacji w skierowanym do odwołującego wezwaniu.

W ocenie Izby zamawiający niezasadnie oparł swą decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego Andra na wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia br. Wyjaśnienia te zostały złożone pomimo braku formalnego wezwania. Nie mogą być one również uznane za uzupełnienie wyjaśnień z dnia 9 kwietnia br., ponieważ zostały złożone z przekroczeniem wyznaczonego przez zamawiającego terminu. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się wysokim stopniem formalizmu. Formalizm ten zakazuje wykonawcom samodzielnego składania wyjaśnień w zakresie elementów zaoferowanej ceny, jak również nakazuje rygorystyczne przestrzeganie terminów wyznaczonych przez zamawiającego. Wyjaśnienia złożone z naruszeniem powyższych zasad nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie oferty wykonawcy.

Wskazując na powyższe Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego Andra, w związku z czym orzekła jak w sentencji wyroku.

Sygn. akt: KIO 1433/19

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba podziela stanowisko przystępującego Fujitsu, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa został podniesiony z naruszeniem terminu przewidzianego w ustawie, lecz jedynie w odniesieniu do wyjaśnień złożonych w dniu 9 stycznia 2019 roku. W

tym zakresie Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania. W ocenie Izby zarzut został podniesiony z zachowaniem terminu w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 10 czerwca 2019 roku.

Izba wskazuje, że dla oceny zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie z dnia 10 czerwca 2019 roku wzięła pod uwagę również treść uzasadnienia zastrzeżenia z dnia 9 stycznia wraz z dowodami w postaci Instrukcji dotyczącej sposobu i trybu przetwarzania informacji niejawnych o klauzuli „Zastrzeżone” w podległych komórkach organizacyjnych oraz zakres i warunki stosowania środków bezpieczeństwa fizycznego w celu ich ochrony w Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., stanowiącą załącznik nr 1 do wyjaśnień, a także certyfikatu normy ISO/IEC 27001 :2013, obejmującego grupę Fujitsu (w tym przystępującego - strona 9 certyfikatu), dotyczącego m. in. zarządzania bezpieczeństwem informacji, stanowiącego załącznik nr 2 do wyjaśnień. Izba nie widzi potrzeby załączania tych samych dowodów do każdego pisma zawierającego zastrzeżone informacje, skoro zachowują one swą aktualność przez czas prowadzenia postępowania.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują rodzaju lub zakresu środków, do których podjęcia zobowiązany jest wykonawca. Rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależą będzie zatem w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący Fujitsu złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa lub mogą posiadać wartość gospodarczą. Odwołujący nie wykazał przy tym, iż informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Izba uznała, iż w przypadku wskazanych informacji przystępujący Fujitsu udowodnił, iż podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami i te są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że rozpoznawany zarzut podlegałby oddaleniu również w sytuacji stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 ustawy P.z.p., a to z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba podkreśla, że w związku z uwzględnieniem odwołania wniesionego przez odwołującego Andra, zamawiający obowiązany jest do unieważnienia wyniku postępowania, czyli wyboru oferty przystępującego Fujitsu. Tym samym zarzuty podnoszone wobec oferty przystępującego Fujitsu, nawet w sytuacji, gdyby okazały się być zasadne, nie będą miały wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....