

**WYROK**

**z dnia 29 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S&T Services Polska sp. z o.o., S&T Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21d, 02-676 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Innergo Systems sp. z o.o., ul. Odrowąza 15, 03-310 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S&T Services Polska sp. z o.o., S&T Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21d, 02-676 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S&T Services Polska sp. z o.o., S&T Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21d, 02-676 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **S&T Services Polska sp. z o.o., S&T Poland sp. z o.o., ul. Postępu 21d, 02-676 Warszawa** na rzecz **Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**.

**Przewodniczący:** .....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi serwisu sprzętu IT (wraz z wbudowanym oprogramowaniem) będącego w posiadaniu Zamawiającego, tj. Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 028-049818.

Dnia 28 kwietnia 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 9 maja 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: S&T Services Polska sp. z o.o., S&T Poland sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności oraz zaniechań zamawiającego, tj.:

- wyboru oferty złożonej przez Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa (dalej: „Innergo”), jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- zaniechania odrzucenia oferty Innergo ze względu na fakt, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Innergo,
- zaniechanie wezwania Innergo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykazu usług oraz dowodu określającego czy usługa została wykonana należycie,
- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153, poz. 1503) (dalej: „UZNK”), poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Innergo dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo, iż informacje zastrzeżone przez Innergo nie spełniają przesłanek niezbędnych dla możliwości zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 2) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Innergo wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Innergo, mimo, iż wyjaśnienia złożone przez Innergo potwierdzają, że cena

oferty Innergo oraz jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i są nierealne, a w konsekwencji oferta ta podlega odrzuceniu,

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Innergo pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu świadczenia usług poniżej rzeczywistych kosztów ich świadczenia,

4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp,

ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że oferta Innergo nie podlega odrzuceniu:

5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Innergo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykazu usług oraz dowodu określającego czy usługa została wykonana należycie, podczas gdy złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez Innergo warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

2) odtajnienie wyjaśnień Innergo w zakresie rażąco niskiej ceny,

3) odrzucenie oferty Innergo jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie, w przypadku uznania, że oferta Innergo nie podlega odrzuceniu:

5) wezwanie Innergo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykazu usług oraz dowodu określającego czy usługa została wykonana należycie, a w przypadku nieuzupełnienia dokumentów lub uzupełnienia dokumentów, które nadal nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykluczenie Innergo z postępowania.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie załączonych dowodów na okoliczności wskazane w treści odwołania oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, a oferta ta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Jednocześnie oferta, która została zakwalifikowana na pierwszym miejscu, tj. oferta Innergo podlega w ocenie odwołującego odrzuceniu, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Nieuwzględnienie odwołania pozbawi odwołującego możliwości uzyskania

przedmiotowego zamówienia czego skutkiem będzie poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie. Powyższe okoliczności wyczerpują przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujące wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający bezpodstawnie odmówił odwołującemu wglądu w wyjaśnienia Innergo w zakresie rażąco niskiej ceny, udostępniając jedynie fragment tych wyjaśnień, tj. „uwagi ogólne” oraz „uzasadnienie objęcia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Innergo ceny tajemnicą przedsiębiorstwa”. Zamawiający nie może bezrefleksyjnie uznać zastrzeżenia całych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą bowiem podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania. W związku z powyższym, odwołujący wskazuje na nieprawidłowość podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do całości informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach Innergo jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca Innergo, nie wykazał, iż w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych w ofercie złożonej w postępowaniu jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjęło szereg, odpowiednich działań polegających na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca ten nie udowodnił, iż informacje i dokumenty zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są informacjami powszechnie dostępnymi oraz nigdy nie były przez niego ujawniane do publicznej wiadomości. Nie wykazano także, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym. Zaliczyć do nich można byłoby m.in. ewentualnie wprowadzone przez wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Na te okoliczności nie przedstawiono odpowiednich dowodów, takich jak m.in. polityka ochrony informacji poufnych czy polityka wewnętrznego obiegu dokumentów. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa powinna mieć jedynie ograniczona, kontrolowana przez wykonawcę grupa osób, a uzyskanie tych informacji możliwe powinno być jedynie po spełnieniu określonych warunków (np. zalogowaniu się do systemu wewnętrznego firmy, co może wymagać od pracownika podania indywidualnego loginu oraz hasła dostępu). Ochronie informacji poufnych mogą służyć także postanowienia umów z pracownikami czy indywidualne umowy o zachowaniu poufności, kwestia ta nie została jednak przez wykonawcę wyjaśniona. Nie wykazano także czy wykonawca stosuje także odpowiednie środki ochrony w relacjach ze swoimi kontrahentami, jak np. ogólne warunki sprzedaży. Tymczasem Innergo w sposób

jednoznaczny nie potwierdziło, iż podejmowane przez ten podmiot działania w celu zachowania poufności informacji mają na celu doprowadzić do sytuacji, w której chronione informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Odwołujący wskazał, iż Innergo złożyło ofertę z ceną niższą o 43,56 % od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT (kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia), a także niższą o ok. 16,5 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Dodatkowo w wymaganym przez zamawiającego formularzu asortymentowo- cenowym/wykazie sprzętu, Innergo wskazało identyczną cenę za miesięczne wsparcie dla każdego z urzędzeń objętych przedmiotem zamówienia, tj. 486,22 zł, co w ocenie odwołującego jest wartością błędną i nierealną w ujęciu rynkowym.

Odwołujący podniósł, iż w wymaganym przez zamawiającego formularzu asortymentowo- cenowym/wykazie sprzętu Innergo wskazało identyczną cenę za miesięczne wsparcie dla każdego z urzędzeń objętych przedmiotem zamówienia, tj. 486,22 zł, co w ocenie odwołującego jest wartością błędną i nierealną. Należy bowiem podkreślić, iż koszt świadczenia usług w odniesieniu do poszczególnych kategorii sprzętu różni się, co wynika m.in. z różnorodnych kosztów uzyskania licencji do oprogramowania wbudowanego od producentów poszczególnych urzędzeń. Zgodnie z OPZ wykonawca zobowiązany jest do zagwarantowania zamawiającemu bezpośredniego dostępu do portali na których znajdują się m.in. aktualizacje oprogramowania wbudowanego oraz narzędziowego - w przypadku gdy naprawa awarii sprzętu lub oprogramowania będzie tego wymagała (pkt. 5 a, w rozdziale Wymagania). Ponadto zgodnie z punktem 5 w rozdziale Serwis elementów sprzętowych OPZ w przypadku, gdy naprawa awarii sprzętu będzie wymagała wykonania podniesienia wersji lub wgrania poprawki do Oprogramowania wbudowanego dla urzędzeń objętych serwisem, wykonawca w ramach realizacji umowy wykona niezbędną aktualizację, dostarczając i aplikując oprogramowanie wbudowane zgodnie z wymaganiami licencyjnymi producenta urządzenia. Dodatkowo wykonawca oświadcza, że dostarczane poprawki do oprogramowania wbudowanego nie naruszają praw twórców oprogramowania i właściciela praw autorskich oraz nie ograniczają praw zamawiającego do korzystania z tego oprogramowania zarówno w trakcie trwania umowy jak i po jej zakończeniu. W konsekwencji powyższych wymagań OPZ wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni zagwarantować sobie odpowiedni zakres uprawnień licencyjnych dla oprogramowania firmware od producentów danego sprzętu. W tym celu z producentami poszczególnych rodzajów sprzętu powinni zawrzeć tzw. kontrakty serwisowe. Wartość tych kontraktów jest różna i zależy m.in. od oferty którą wykonawca otrzyma od przedstawiciela producenta danego sprzętu. Jeżeli Innergo, jak zakłada odwołujący, nie zamierza świadczyć usług w oparciu o usługi serwisowe wykupione od producentów (na co wskazują ceny w ofercie

Innergo), to powinien zabezpieczyć w ofercie kwotę, którą przeznaczy na doraźne wykupienie pakietów usług, tzw. *carepack*. Wykupienie *carepack* wiąże się także z koniecznością zrobienia przeglądu posiadanych przez zamawiającego wersji oprogramowania i ewentualnego pokrycia okresu, w którym zamawiający nie posiadał serwisu producenta. W przypadku oprogramowania HP za taki przegląd pobierana jest opłata. Z formularza cenowego Innergo oraz ceny oferty Innergo wynika, że takie kwoty nie zostały przez Innergo uwzględnione w cenie oferty. Konieczność zakupu serwisu (lub pakietów *carepack*) wynika z postanowień OPZ dotyczących serwisu elementów sprzętowych, tj. pkt 5 OPZ - Serwis elementów sprzętowych: „W przypadku gdy naprawa Awarii sprzętu będzie wymagała wykonania podniesienia wersji lub wgrania poprawki do Oprogramowania wbudowanego dla urządzeń objętych serwisem, Wykonawca w ramach realizacji Umowy wykona niezbędną aktualizację, dostarczając i aplikując Oprogramowanie wbudowane zgodnie z wymaganiami licencyjnymi producenta urządzenia”, a także pkt 6 OPZ - Serwis elementów sprzętowych: „Wykonawca oświadcza, że dostarczane poprawki do Oprogramowania wbudowanego nie naruszają praw twórców oprogramowania i właściciela praw autorskich oraz nie ograniczają praw Zamawiającego do korzystania z tego oprogramowania zarówno w trakcie trwania Umowy jak i po jej zakończeniu.”. Nie jest możliwe wykonanie powyższych postanowień OPZ bez wsparcia producenta poprzez kontrakt serwisowy lub *carepack* poprzedzony przeglądem.

Zdaniem odwołującego Innergo nie wykazało, w sposób nie budzący wątpliwości, na jakiej podstawie ustaliło cenę jednostkową za świadczenie usług dla każdego z urządzeń objętych przedmiotem zamówienia. W szczególności nie wskazało na tę okoliczność realnych, zgodnych z praktyką rynkową ofert od dostawców czy też cenników ww. dostawców. Nie przedstawiono także z jakich ewentualnych upustów od cen cennikowych korzysta Innergo w relacjach z poszczególnymi dostawcami.

Odwołujący podniósł również, że ze złożonego przez Innergo wykazu usług wynika, że w ramach usług serwisu sprzętu teleinformatycznego o wartości 1.062.000,00 zł był świadczony także serwis sprzętu serwerowego IT. Zatem z wykazu nie wynika, jaka była kwota serwisu samego sprzętu serwerowego IT. Z opisu usługi wręcz wynika, że sprzęt serwerowy stanowił jedynie część serwisu sprzętu IT i nie wiadomo jaka część kwoty 1.062.000,00 zł dotyczyła usług dotyczących sprzętu serwerowego.

Powyższe informacje nie wynikają także z dokumentu złożonego przez Innergo, mającego stanowić dowód określający czy usługa została wykonana należycie. Złożony dokument nie może stanowić takiego dowodu z uwagi na to, że:

- nie posiada informacji, które zgodnie z art. 206 KSH muszą posiadać pisma handlowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z wyżej wskazanym artykułem pisma i zamówienia handlowe składane przez spółkę powinny zawierać: (i) firmę spółki, jej siedzibę

i adres, (ii) oznaczenie sądu rejestrowego, w którym przechowywana jest dokumentacja spółki oraz numer pod którym spółka jest wpisana do rejestru (iii) numer identyfikacji podatkowej (NIP), (iv) wysokość kapitału zakładowego. Pismo złożone przez Innergo nie posiada informacji wskazanych w pkt (ii) i (iv), nie zostało sporządzone na papierze firmowym spółki, który posiadałby takie informacje, zatem nie można uznać, że pismo jest oficjalnym stanowiskiem spółki (odbiorcy wykazanej usługi);

- pismo zostało podpisane przez osobę niebędącą uprawnioną do działania w imieniu spółki zgodnie z reprezentacją ujawnioną w rejestrze przedsiębiorców KRS, ani nie zostało do tego pisma dołączone pełnomocnictwo dla p. M.D., który je podpisał. Biorąc pod uwagę formę pisma (brak papieru firmowego oraz pełnomocnictwa) nie sposób jest zakładać, że osoba, która je podpisała działała w imieniu spółki rzekomo wydającej omawiany dokument;

- mając na uwadze brak papieru firmowego oraz pełnomocnictwa dla p. M.D., wątpliwości wzbudza także brak pieczęci firmowej p. M.D., która mogłaby świadczyć o tym, że p. M.D. jest uprawniony do działania w imieniu spółki;

- pismo potwierdza wyłącznie świadczenie przez Innergo zbioru usług, w ramach których były świadczone także usługi sprzętu serwerowego, których ogólna łączna wartość przekraczała 1.000.000,00 zł. Pismo nie potwierdza należytego wykonania usług zgodnie z warunkiem określonym w pkt 6.2 1.1) s.i.w.z., tj. nie potwierdza, że należycie była i jest świadczona usługa o wartości nie mniejszej niż 1000 000,00 zł brutto obejmującej swoim zakresem świadczenia usługi serwisu sprzętu serwerowego IT.

Odwołujący wskazał również, iż w jego ocenie w przedmiotowym postępowaniu Innergo zaoferowało usługi wsparcia, które zobowiązany jest wykupić od producenta, za cenę niższą, niż cena, za którą sam je może nabyć. Zaoferowanie ceny usług poniżej rzeczywistych kosztów w przedmiotowym postępowaniu doprowadzi do uzyskania zamówienia przed Innergo i utrudni, a wręcz uniemożliwi innym wykonawcom realizację zamówienia. Pozostali wykonawcy nie są w stanie rywalizować z przedsiębiorcą, który oferuje wykonanie zamówienia za cenę, która nie zagwarantuje mu zysku lub spowoduje, że realizacja umowy będzie naruszała prawa osób trzecich lub będzie sprzeczna z umową. W świetle zasad uczciwej konkurencji za niedopuszczalne uznaje się „przerzucanie” kosztów świadczenia usługi pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia i oferowanie części usług poniżej kosztu ich nabycia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa (dalej „przystępujący”). Przystępujący złożył pisma procesowe, w których



wniósł o odrzucenie odwołania oraz w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, za wyjątkiem spornego sposobu rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia przepisów art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16. 04,1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm. zwanej dalej ZNK), poprzez zaniechanie odtajnienia elementów oferty przystępującego mających wpływ na wysokość ceny pomimo, iż informacje zastrzeżone przez Innergo w ocenie odwołującego nie spełniają przesłanek niezbędnych dla ich zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z przepisem art. 11 ust 4 ZNK 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.

Podstawową zasadą zamówień publicznych jest transparentność postępowania. Jej ograniczenie jest możliwe tylko w ściśle określonych, uzasadnionych przypadkach. W przedmiotowym zakresie Izba wskazuje, iż zasada jawności - eksponowana przez

odwołującego - nie ma charakteru absolutnego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „ścierają się” różne - niekiedy sprzeczne - interesy, z których każdy może zasługiwać na ochronę. Zakaz ujawniania przez zamawiającego informacji, o których mowa w art. 8 ust 3 ustawy Pzp, stanowi ograniczenie zasady jawności postępowania, wskazanej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Tajemnica przedsiębiorstwa także podlega ochronie, czemu ustawodawca dał wyraz w przepisie art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Rozwinięciem powyższego jest przepis ust. 3 tegoż artykułu. Zgodnie z jego brzmieniem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w przepisie art. 86 ust. 4. Ustawodawca w przepisie art. 11 ust. 4 ZNK wskazał na określone informacje, które mogą zostać zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, informacje zastrzeżone przez przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny i posiadają wartość gospodarczą oraz stanowią jego know how. Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności.

Wszystkie informacje składające się na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa muszą zatem posiadać określoną wartość ekonomiczną dla danego przedsiębiorcy. Należy przy tym zauważyć, że o tym, czy dana informacja posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, nie decyduje precyzyjne dookreślenie tej wartości. Tajemnica przedsiębiorstwa jest jedną z najpowszechniej występujących w życiu gospodarczym form tajemnicy, która stanowi szczególną kategorię informacji poufnych, niezwykle cennych dla danego przedsiębiorstwa. Jest też podstawą osiągnięcia przewagi konkurencyjnej przedsiębiorcy na danym rynku.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący stawiając zarzuty w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawił jedynie same insynuacje i domysły, nie przedstawiając żadnych dowodów na okoliczności, na które się powoływał. Wskazać bowiem należy, iż skoro odwołujący twierdził, że przystępujący w sposób nieprawidłowy i nieudowodniony zastrzegł wyjaśnienia dotyczące ceny, to powinien wykazać albo spróbować wykazać okoliczności przeciwne powołując się na określone dowody, zdarzenia czy kontekst sytuacyjno-prawny. Odwołujący nie sprostował jednak temu wymaganiu, opisując postawiony zarzut jedynie

w sposób dowolny i czysto hipotetyczny, który nie znajduje potwierdzenia w przedmiotowym postępowaniu, iż w jego ocenie wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie zasługują na ochronę związaną z tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby taka ochrona przystępującemu, jak najbardziej przysługiwała i przysługuje.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Innergo wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Innergo, mimo, iż wyjaśnienia złożone przez Innergo potwierdzają, że cena oferty Innergo oraz jej istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i są nierealne, a w konsekwencji oferta ta podlega odrzuceniu oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Innergo pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu świadczenia usług poniżej rzeczywistych kosztów ich świadczenia, Izba uznała za bezzasadne.

Ceny wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu odbiegają od oszacowania zamawiającego, a oferty złożone przez wykonawców ubiegających się o zamówienie różnią się między sobą, co jest normalnym zjawiskiem rynkowym w warunkach konkurencji. Zamawiający podał przed otwarciem ofert, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 1.440.941,48 zł (z podatkiem VAT) oraz koszt miesięczny 134.362,52 zł.

Trzech wykonawców złożyło oferty z miesięcznym wynagrodzeniem ryczałtowym (cena brutto):

- 1) odwołujący z ceną 91.534,48 zł,
- 2) Qumak S.A. z ceną 104.913,44 zł,
- 3) przystępujący z ceną 75.850,32 zł.

Każdy z wykonawców zadeklarował termin rozpoczęcia świadczenia usługi serwisu sprzętu IT (wraz z wbudowanym oprogramowaniem) na 2 dni, za co otrzymał 40 pkt. Tak złożone oferty doprowadziły do sytuacji, w której decydującego znaczenia nabrała zaoferowana cena.

Najtańszą ofertą okazała się oferta Innergo z ceną miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego brutto w kwocie 75.850,32 zł. Średnia arytmetyczna wszystkich ofert wynosi 90.766,08 zł. Cena najkorzystniejszej oferty jest tańsza od średniej ceny ofertowej o ok. 16,43%.

Cena przystępującego jest niższa o 15 684,16 zł z podatkiem VAT od oferty odwołującego, co stanowi ok. 17,13 %.

Zdaniem Izby, taka rozpiętość cenowa kilkunastu procent potwierdza słuszność stanowiska zamawiającego, co do nie występowania w ofercie Innergo rażąco niskiej ceny, w szczególności w świetle wyjaśnień złożonych przez przystępującego. Takie wahania ceny

w warunkach konkurencji są normalnym zjawiskiem rynkowym, szczególnie w dobie dynamicznych zmian oraz przy różnych *know-how* wykonawców. Wskazać należy, że zamawiający daje wykonawcom gwarancję terminowej wypłaty należnego wynagrodzenia za wykonane usługi, co również jest ważnym czynnikiem przy kształtowaniu ceny ofertowej i ustalaniu ewentualnego ryzyka opóźnień w płatnościach. Zarówno odwołujący jak i przystępujący są podmiotami z dużym doświadczeniem w zakresie usługi serwisu sprzętu IT wraz z wbudowanym oprogramowaniem.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach obszernie uzasadnił w jaki sposób skalkulował swoją cenę, opisując metodologię kształtowania jej wysokości, jednocześnie powołując się na powiązania handlowe z producentami oprogramowania i ich przedstawicielami, wykazując, jakie umowy wiąże przystępującego z tymi kontrahentami oraz jakiego rodzaju i w jakiej wysokości uzyskał rabaty i upusty. Przystępujący opisał również i podał w zakresie kosztów podzielnych, na jakim obszarze i w których miejscach oraz w jakiej wysokości zamówienia, mógł je obliczyć wspólnie i jaką to stanowi część w przedmiotowym zamówieniu. Zdaniem Izby, cena przedstawiona przez przystępującego nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, a złożenie oferty przez tego wykonawcę nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Podnieść również należy, że zamawiający w toku prowadzonego postępowania, w znacznym stopniu ograniczył przedmiot zamówienia, co w konsekwencji wiązać się musiało z obniżeniem wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający jednakże nie dokonał korekty tej wartości, co musiało oznaczać, w ocenie Izby, że porównania, o którym stanowi przepis art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przedmiotowym postępowaniu, można dokonać jedynie w oparciu o średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. W tym zaś przypadku mamy do czynienia z niewielkimi różnicami, stanowiącymi ruchomą różnicę zysku i kosztów, która jest elementem walki rynkowej wykonawców. Nadto wskazać należy, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie precyzował, w sposób szczególnie wyrazisty, sposobu kalkulacji ceny ofertowej, wskazując, że charakter wynagrodzenia w tym postępowaniu jest ryczałtowy. Powyższe oznacza, że każdy z wykonawców mógł w sposób dowolny kształtować cenę ofertową, umiejscawiając ponoszone koszty oraz zakładany zysk, w sposób najbardziej odpowiadający przyjętemu przez danego wykonawcę modelowi realizacji zamówienia. Przyjęte przez odwołującego założenia i hipotetyczne sytuacje wynikają z innego sposobu (właściwego dla odwołującego) kalkulacji i prezentacji ceny ofertowej, albowiem w wielu pozycjach cena ofertowa odwołującego jest większa od ceny przystępującego, a winnych pozycjach na odwrót, tj. przystępujący ma ofertę w 105 pozycjach (na 156 wszystkich pozycji) co do cen jednostkowych droższą niż odwołujący (koszt usługi). Jednak w 41 pozycjach oferta przystępującego jest tańsza od oferty odwołującego.

Nie można zatem zasadnie podnosić, iż wykonawca, który kalkuluje w sposób innych od odwołującego cenę ofertową, niejako „z automatu” narażony być musi na zarzut rażąco niskiej ceny. W zakresie ceny rażąco niskiej nie odnajdujemy bowiem takiego automatyzmu, a zarzut tak skonstruowany musi zostać uznany za bezzasadny.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Innergo do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykazu usług oraz dowodu określającego czy usługa została wykonana należycie, podczas gdy złożone dokumenty nie potwierdzają spełniania przez Innergo warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z pkt 6.2 1.1. s.i.w.z., o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy którzy w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykazą, że posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie w realizacji minimum jednej usługi, wykonanej, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanej, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto obejmującej swoim zakresem świadczenia usługi serwisu sprzętu serwerowego IT. Zgodnie z pkt 7.5 s.i.w.z., wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zostanie wezwany do złożenia wykazu usług zawierającego wykaz jednej usługi zgodnie z zapisami pkt. 6.2.1.1 s.i.w.z., wykonanej w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługa została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Zdaniem Izby, z warunku określonego w pkt 6.2.1.1 s.i.w.z. wynika, że usługą spełniającą wymagania zamawiającego jest taka usługa, która spełnia łącznie poniższe wymogi:

- 1) wymogi dotyczą jednej usługi;
- 2) usługa obejmuje zakresem usługi serwisu sprzętu serwerowego IT;
- 3) wartość usługi serwisu sprzętu serwerowego IT wynosi 1.000.000,00 zł brutto.

Przystępujący przedstawił zamawiającemu wykaz, w który wykazywał się usługą opisaną w następujący sposób „Świadczenie usługi serwisu sprzętu teleinformatycznego, w tym świadczenie usługi serwisu sprzętu serwerowego IT”. W kolumnie 3 wykazu przystępujący wskazał podmiot, na rzecz, którego świadczył te usługi tj. O-I BUSINESS SERVICE CENTER sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. W kolejnej kolumnie przystępujący wskazał wartość usługi brutto na kwotę 1.062.00 zł. W ostatniej 5 kolumnie wskazano daty wykonania tj. „usługa rozpoczęta w styczniu 2015, trwa do teraz”.

Na potwierdzenie prawidłowości świadczenia usługi, przystępujący załączył do wykazu poświadczenie, w którym poświadczający wskazał, że Innergo Systems z siedzibą w Warszawie ul. Odrowąża 15 świadczy dla naszej firmy usługi serwisu sprzętu teleinformatycznego, w tym serwerowego od początku roku 2015 do dnia dzisiejszego. Wystawiający referencje potwierdził, iż usługi są realizowane terminowo i profesjonalnie oraz z należytą starannością, a wartość świadczonych usług przekracza kwotę 1.000.000 zł brutto.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej spełnienie rzeczonoego warunku należało interpretować w sposób wskazany przez odwołującego, a zamawiający swoją interpretacją wypaczył sens jego postawienia, albowiem podnieść należy, że opis warunku i sposób jego spełnienia musi być powiązany z przedmiotem zamówienia. Jak bowiem stanowi przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Skoro więc przedmiot zamówienia dotyczy świadczenia usług serwisu sprzętu IT, to i spełnienie warunku doświadczenia musi tego dotyczyć. Można by (przy interpretacji zamawiającego) zadać retoryczne pytanie, po co zamawiającemu doświadczenie w świadczeniu usług teleinformatycznych? Oczywistym jest więc, że wykazanie spełnienia tego warunku ma dotyczyć tylko i wyłącznie świadczenia usług serwisu sprzętu serwerowego IT.

Izba oddaliła zarzuty formalne stawiane przez odwołującego do postaci poświadczenia, ze względu na okoliczność, iż żaden z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych czy rozporządzeń wykonawczych nie zakreśla postaci szczególnej dla dokumentu poświadczenia. Powyższe oznacza zatem (a contrario), że dopuszczalna jest każda postać, za wyjątkiem formy w jakiej taki dokument ma być złożony.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 2016, poz. 1126), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są

wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie natomiast z § 14 ust. 2 ww. rozporządzenia, dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, inne niż oświadczenia, o których mowa w ust. 1, składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby poświadczenie złożone przez przystępującego odpowiada, co do formy, dyspozycji wyrażonej we wskazanym wyżej rozporządzeniu.

Odnosząc się zaś merytorycznie, to Izba wskazuje, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, na okoliczności podnoszone w przedmiotowym zarzucie. Niemniej w ocenie Izby, z poświadczenia złożonego przez przystępującego w powiązaniu oczywiście ze złożonym wykazem, można przyjąć, że usługi tam wykazywane i potwierdzone, spełniają postawiony warunek, czego dowodem jest również dokument złożony na rozprawie przez przystępującego. Odwołujący okoliczności i dowodów przeciwnych nie złożył.

Z uwagi na okoliczność, iż nie potwierdził się żaden z podnoszonych przez odwołującego zarzutów odwołania, Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie ze wskazanymi przepisami równo traktując wszystkich wykonawców oraz zachowując zasadę uczciwej konkurencji.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołującego, wskazując, iż pozostają one bez wpływu na rozstrzygnięcie odwołania, gdyż dotyczą sytuacji odwołującego, tj. wskazują na sytuację handlową odwołującego, albowiem przedstawiają oferty jakie uzyskał odwołujący od swoich partnerów handlowych oraz dotyczą ogólnych warunków świadczenia danego rodzaju usług.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....