

Sygn. akt: KIO 364/13
KIO 368/13

WYROK

z dnia 15 marca 2013r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Rzońca**
Małgorzata Rakowska
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca i 12 marca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 18 lutego 2013 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (sygn. akt KIO 364/13);**
- B. w dniu 18 lutego 2013 r. przez wykonawcę **Qumak S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (sygn. akt KIO 368/13);**

w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala w Warszawie, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa;**

przy udziale:

- wykonawcy **ENGAVE Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 364/13 i KIO 368/13 po stronie zamawiającego;
- wykonawcy **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 364/13 po stronie zamawiającego;
- wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 368/13 po stronie zamawiającego;

orzeka:

A. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 364/13,

B. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 368/13,

2. kosztami postępowania obciąża:

- A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 364/13 Odwołującego - wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów;**
- B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 368/13 Odwołującego - wykonawcę **Qumak S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa;**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez odwołujących się, w tym:
 - A. wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (sygn. akt KIO 364/13),**
 - B. wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawcę **Qumak S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (sygn. akt KIO 368/13);**
- 2) zasądza od odwołujących się wykonawców **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (Sygn. akt. KIO 364/13) oraz Qumak S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (Sygn. akt. KIO 368/13) na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia Centrala w Warszawie, ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa** kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym: od wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Qumak S.A, Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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

Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala w Warszawie przy ul. Grójeckiej 186 (dalej: „zamawiający” lub „NFZ”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usług serwisowych głównych serwerów bazodanowych opartych o platformę POWER wraz z osprzętem oraz serwerów aplikacyjnych Centrali i oddziałów wojewódzkich NFZ.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 grudnia 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 246-404732 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu.

8 lutego 2012 r., zamawiający za pomocą faksu poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, przy ul. Olchowej 14, 35- 322 Rzeszów (dalej: „Asseco”) oraz Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa (dalej: „Qumak”) o wyniku postępowania. W treści pisma zamawiający podał, że za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy Engave Spółki z o.o. (dalej: „Engave”) na drugim miejscu znalazła się oferta Qumak, natomiast oferta Asseco znalazła sklasyfikowana na trzeciej pozycji.

KIO 364/13

18 lutego 2013 r. wykonawca Asseco wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu;
2. zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Qumak, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu - co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, oraz art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez nieuznanie oferty tak wykluczonego wykonawcy za odrzuconą;
3. zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień Engave, pomimo istnienia rozbieżności co do zakres usług, pomiędzy treścią wykazu wykonanych usług a treścią dokumentów potwierdzających ich wykonanie, co stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy;
4. czynności wezwania Engave do uzupełnienia oferty wyłącznie w zakresie zobowiązania do udostępnienia potencjału przez Techelon Spółkę Akcyjną, pomimo istnienia przesłanek do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oferty w szerszym zakresie, co stanowi o naruszeniu treści art. 26 ust. 3 ustawy;
5. zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień Engave, pomimo istnienia

rozbieżności pomiędzy treścią wykazu usług a treścią referencji, w celu ustalenia czy będące w trakcie wykonywania usługi ciągłe i okresowe wskazane w wykazie wykonanych usług, posiadają podaną przez tego wykonawcę wartość na dzień składania ofert, co stanowi o naruszeniu art. 26 ust. 4 ustawy.

Asseco wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty;
- wykluczenia z udziału w postępowaniu Qumak i uznanie jego oferty za odrzuconą,
- wezwania Engave do złożenia wyjaśnień w zakresie istniejących rozbieżności pomiędzy treścią wykazu wykonanych usług a treścią załączonych referencji, odnoszących się do zakresu przedmiotowego wykonanych usług;
- powtórzenia czynności wezwania do uzupełnienia oferty przez Engave, poprzez rozszerzenie dotychczasowego zakresu wezwania o wezwanie do uzupełnienia: a) referencji NFZ zawierających datę sporządzenia pisma lub wskazujących na daty realizacji usług stanowiących przedmiot referencji b) referencji ZUS wskazujących, że przedmiotem zamówienia był serwis serwerów aplikacyjnych;
- wezwania Engave do złożenia wyjaśnień celem wykazania, że będące w trakcie wykonywania usługi ciągłe i okresowe wskazane w wykazie wykonanych usług (Poczta Polska S.A., ZUS, Ministerstwo Finansów), posiadają podaną przez tego wykonawcę wartość na dzień składania ofert.

W uzasadnieniu odwołania Asseco podnosił, że:

Zarzuty dotyczące Qumak

1.

W jego ocenie powstała przesłanka wykluczenia Qumak z udziału w postępowaniu, albowiem wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, składając niewłaściwe dokumenty w ofercie i nie uzupełniając oferty stosownie do wezwania zamawiającego. Podnosił, że przedstawione fragmenty umów w zestawieniu ze złożonymi w ofercie dokumentami nie potwierdzają dysponowania przez Qumak wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem. I tak:

a)

Odnosnie zamówienia dla Uniwersytetu Warszawskiego - w wykazie wskazano, że zamówienie polegające na dostawie instalacji komputerowej wraz z serwisem serwerów jest realizowane od dnia 26 listopada 2012 r. do nadal. Na potwierdzenie należytego wykonywania tego zamówienia przedłożono Protokół odbioru z dnia 26 listopada 2012 r., potwierdzający odbiór sprzętu, jego instalację i uruchomienie. Złożono również fragment umowy sprzedaży, z której wynika, że jej przedmiotem poza dostawą jest również świadczenie serwisu gwarancyjnego. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca przedstawił również dalszy fragment tej umowy, wskazujący na warunki udzielonej gwarancji. Jak wynika z wykazu usług firmy Qumak, dla potrzeb wykazania się

doświadczeniem, wykonawca ten wskazał usługę, której wykonywanie (wg treści samego wykazu) rozpoczęło się dopiero w dniu 26 listopada 2012 r. i trwało jak należy przypuszczać co najmniej do dnia składania ofert. Nie sposób więc uznać, zdaniem Asseco, że protokół odbioru potwierdzający dostarczenie sprzętu, jego instalację i uruchomienie w dniu 26 listopada 2012 r., miałyby potwierdzać jednocześnie należyte wykonywanie usługi serwisowej, którą to usługę dopiero od tego dnia (wg daty wskazanej w wykazie) rozpoczęto wykonywać. W opinii Asseco podpisanie tego protokołu wyznaczało dopiero moment, od którego przedmiot dostawy został objęty serwisem gwarancyjnym, co wynika wprost z § 5 przedstawionego przez Qumak fragmentu umowy zawartej z Uniwersytetem Warszawskim. Tym samym protokół nie mógł potwierdzać należytego wykonywania usług, które w chwili podpisywania protokołu jeszcze nie były świadczone. Zdanie Asseco oznacza to, że Qumak nie przedstawił zamawiającemu dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usługi serwisu na rzecz Uniwersytetu Warszawskiego, którą wskazał w załączonym do oferty wykazie usług. Brak przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usługi oznacza brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia obejmującego co najmniej 2 usługi na serwis serwerów bazodanowych typu Power o wartości 3.500.000 zł każda. Wobec powyższego zdaniem Asseco Qumak winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Ponadto wskazywał, że twierdzenie Qumak, jakoby usługa serwisu była elementem wchodzącym w zakres usług dostawy, instalacji i uruchomienia i podlegała kompleksowemu odbiorowi jest wobec powyższych okoliczności twierdzeniem nieprawdziwym i to złożonym umyślnie przez Qumak. Nie może być przecież tak aby usługa serwisowa, która miała być świadczona dopiero od dnia 26 listopada 2012 r. została potwierdzona jako należyte wykonana w ramach „kompleksowego” protokołu odbioru, skoro protokół ten dopiero wyznaczał początek biegu okresu świadczenia usługi serwisu gwarancyjnego. Co z kolei w opinii Asseco oznacza, że mogłaby być rozważana także inna przesłanka wykluczenia tego wykonawcy a określona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

b)

Odnośnie zamówienia dla Instytutu Chemii Bioorganicznej PAN - Asseco wyjaśniał, że w wykazie wskazano usługę obejmującą roczną sukcesywną sprzedaż serwerów z oprogramowaniem, macierzy dyskowych, bibliotek taśmowych, szaf teleinformatycznych wraz z instalacją i uruchomieniem, w zakres której to usługi miał wchodzić również serwis serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86. Na potwierdzenie wykonania usług zawartych wykazie Qumak złożył dwadzieścia protokołów odbioru. W każdym z protokołów w punkcie pierwszym znajduje się opis, że przedmiotem odbioru są elementy infrastruktury dostarczone, zainstalowane i uruchomione przez wykonawcę, następnie potwierdzone jest wykonanie instruktażu oraz fakt sprawdzenia działania dostarczonych elementów infrastruktury. Elementy stanowiące przedmiot odbioru opisane są w formie tabelarycznej w każdym z protokołów. Podnosił, że pismem z dnia 4 lutego 2013 r. Qumak złożył zamawiającemu fragment umowy zawartej z Instytutem, z którego wynika, że jej przedmiot jest objęty 36 miesięczną gwarancją, która biegnie od daty podpisania protokołu odbioru danej dostawy przed podmiot odbierający (załącznik nr 6 do umowy ust. 1). Asseco wskazywał, że umowa zawarta z Instytutem, jak wynika z załączonych protokołów odbioru, była realizowana poprzez

dostawy na rzecz różnych jednostek, stąd w zapisach o gwarancji mowa o podmiocie odbierającym. Mając powyższe na uwadze, Asseco stwierdził, że usługi serwisu gwarancyjnego opisane w wykazie usług biegly odrębnie dla każdej dostawy od momentu podpisania protokołu odbioru tej dostawy. Załączone do oferty dokumenty w zestawieniu z przedstawionymi fragmentami umów nie odnoszą się więc do wykonywania usług serwisu. Protokoły odbioru potwierdzają fakt wykonania zobowiązania do dostawy oraz fakt rozpoczęcia biegu terminu świadczenia usług serwisu gwarancyjnego. Załączone fragmenty umowy potwierdzają zaś, że wykonawca jest zobowiązany do świadczenia serwisu gwarancyjnego, natomiast nie potwierdzają czy zobowiązanie to zostało lub jest wykonywane. Innymi słowy Qumak przedstawiła jedynie dowody na zaciągnięcie zobowiązania wobec Zamawiającego do wykonywania usług serwisowych, oraz dowody na powstanie tego zobowiązania, nie przedstawiając zaś dowodu na wykonanie lub wykonywanie zobowiązania do świadczenia usług serwisu. Brak przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usługi zdaniem Asseco oznacza brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia obejmującego co najmniej 2 usługi na serwis serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 o wartości 1.000.000 zł każda. Wobec powyższego w opinii Asseco, Qumak winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Ponadto wskazywał, że twierdzenie Qumak jakoby usługa serwisu była elementem wchodzącym w zakres usług dostawy i podlegała kompleksowemu odbiorowi jest wobec powyższych okoliczności twierdzeniem nieprawdziwym i to złożonym umyślnie. W opinii Asseco nie może być tak, aby usługa serwisowa, która miała być świadczona dopiero od dnia podpisania protokołu odbioru danej dostawy, została potwierdzona jako należyte wykonana w ramach tego protokołu, skoro protokół wyznaczał dopiero początek biegu okresu świadczenia usługi serwisu gwarancyjnego, co z kolei oznacza, że mogłaby być rozważana również inna przesłanka wykluczenia tego wykonawcy a określona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

c)

Odnosnie Zamówienia dla Komendy Głównej Policji – Asseco podnosił, że w wykazie wskazano, że zamówienie polegające na zaprojektowaniu, dostawie, konfiguracji oraz wdrożeniu infrastruktury informatycznej wraz z serwisem serwerów jest realizowane od dnia 1 czerwca 2012 r. do nadal. Na potwierdzenie należytego wykonywania tego zamówienia przedłożono referencje, w których treści zawarte zostało potwierdzenie, że dnia 1 czerwca 2012 roku wykonano usługę obejmującą zaprojektowanie, dostawę, konfigurację oraz wdrożenie infrastruktury informatycznej. Złożono również w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego fragment umowy, z której wynika, że jej przedmiotem jest również świadczenie serwisu gwarancyjnego w okresie 36 miesięcy od podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru. Jak wynika z wykazu usług firmy Qumak, dla potrzeb wykazania się doświadczeniem, wykonawca ten wskazał usługę, której wykonywanie (wg treści samego wykazu) rozpoczęło się dopiero w dniu 1 czerwca 2012 r. i trwało jak należy przypuszczać co najmniej do dnia składania ofert. Asseco wyjaśniał, że w referencjach wystawionych przez Komendę Główną Policji, ww. data (01.06.2012 r.) wskazana została jako data zakończenia dostawy. W ocenie Asseco z lektury warunków umowy przedstawionej przez Qumak wynika zaś, że od tego dnia rozpoczęły się czynności serwisu gwarancyjnego. W opinii Asseco nie sposób więc uznać, że dokument referencji

potwierdzający dostawę, konfigurację oraz wdrożenie infrastruktury informatycznej w dniu 1 czerwca 2012 r., miałyby potwierdzać jednocześnie należyte wykonywanie usługi serwisowej, którą to usługę dopiero od tego dnia (wg treści samego wykazu) czyli od momentu zakończenia dostawy, Qumak rozpoczął wykonywać. Zdaniem Asseco oznacza to, że Qumak nie przedstawił zamawiającemu dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usługi serwisu na rzecz Komendy Głównej Policji którą wskazała w załączonym do oferty wykazie usług. Brak przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usługi oznacza brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia obejmującego co najmniej 2 usługi na serwis serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 o wartości 1.000.000 zł każda. Wobec powyższego w opinii Asseco Qumak winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Ponadto wskazywał, że twierdzenie Qumak, jakoby usługa serwisu była elementem wchodzącym w zakres usług polegających na zaprojektowaniu, dostawie, konfiguracji oraz wdrożeniu infrastruktury informatycznej, i podlegała kompleksowemu odbiorowi jest wobec powyższych okoliczności twierdzeniem nieprawdziwym i to złożonym świadomie i umyślnie. W opinii Asseco nie może być tak, aby usługa serwisowa, która miała być świadczona dopiero od dnia 1 czerwca 2012 r. została potwierdzona jako należycie wykonana w ramach „kompleksowego” protokołu odbioru, skoro protokół ten dopiero wyznaczał początek biegu okresu świadczenia usługi serwisu gwarancyjnego. Co z kolei zdaniem Asseco oznacza, że mogłaby być rozważana także inna przesłanka wykluczenia tego wykonawcy a określona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Tym samym w ocenie Asseco wobec istnienia przesłanek wykluczenia Qumak, oferta tego wykonawcy powinna również zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Zarzuty dotyczące wykonawcy Engave

2.

Asseco wyjaśniał, że w piśmie skierowanym do Engave, zamawiający m.in. wezwał tego wykonawcę do przedłożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot Techelon S.A., a to wobec załączenia do oferty referencji wystawionych na ten podmiot i ujęcia tego zamówienia w wykazie doświadczenia Engave. Zdaniem Asseco poza powyższą okolicznością zamawiający był zobowiązany do wezwania Engave do złożenia wyjaśnień do złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, albowiem zestawienie treści wykazu usług z dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie rodzi szereg wątpliwości, które zamawiający zobowiązany był wyjaśnić a także do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ referencje NFZ i ZUS były dokumentami błędnymi i nie pozwalały na ustalenie czy wykonawca spełnia postawione wymagania.

a)

Asseco podnosił, że Engave dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedstawiła usługę serwisu serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 o wartości ponad 3.500.000 zł, wykonywaną od 01.2012 r. na rzecz Poczty Polskiej. Na potwierdzenie należytej realizacji tej usługi załączono pismo Poczty Polskiej S.A. z dnia 2 października 2012 r., zgodnie z którym to dokumentem wykonawca wykonuje w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 30 kwietnia 2013 r. usługę utrzymania w gotowości operacyjnej infrastruktury sprzętowo-systemowej o wartości

zamówienia wynoszącej 3.600.278,88 zł. Zdaniem Asseco zestawienie referencji o powyższej treści z treścią wykazu usług musi budzić wątpliwości czy usługa wskazana przez Engave spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego, z tej przyczyny, że wykonawca w wykazie wskazał, że wyłącznie usługa serwisu serwerów aplikacyjnych o architekturze x86 posiada wartość ponad 3.500.000 zł, tymczasem z treści referencji wynika, że całe zamówienie polegające na utrzymaniu w gotowości infrastruktury sprzętowo-systemowej a więc zarówno w zakresie sprzętu informatycznego jak i systemów informatycznych posiada wartość 3.600.278,88 zł. Podkreślał, że dla uznania spełniania warunku niezbędne jest aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w realizacji zamówienia o wymaganej wartości wyłącznie w zakresie serwerów aplikacyjnych o architekturze x86.

b)

Następnie wskazywał, że Engave w wykazie usług zawarł również usługę serwisu serwerów Power o wartości ponad 12.000.000 zł wykonywaną w okresie od stycznia 2011 r. do grudnia 2012 r. na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia. Dla potwierdzenia jej należytego wykonania załączono pismo NFZ, nie wskazujące na datę jego sporządzenia, z którego wynika, że Engave wykonał dla NFZ oraz jego dziewięciu oddziałów wojewódzkich serwis sprzętu oraz serwis systemów operacyjnych, przy czym w zakres serwisowanego sprzętu wchodziły serwery Power, macierze dyskowe oraz biblioteki taśmowe. Wartość zamówienia obejmującego całość wymienionych powyżej usług została wskazana w referencjach na kwotę ponad 12.500.000 zł. W ocenie Asseco zestawienie referencji i treści wykazu usług rodzi uzasadnione wątpliwości bowiem, z treści wykazu usług wynika, że wyłącznie usługa serwisu serwerów Power miała wartość ponad 12.000.000 zł, natomiast z treści referencji wynika że wartość tę miała usługa obejmująca szerszy zakres sprzętu (biblioteki taśmowe i macierze dyskowe) oraz serwis systemów operacyjnych. Zdaniem Asseco w tej sytuacji zamawiający nie ma podstaw do podjęcia decyzji czy wykonawca spełnia czy nie postawiony przez niego wymóg, bowiem treść referencji prowadzi do odmiennych wniosków w stosunku wniosków wypływających z treści wykazu usług.

c)

Kolejno Asseco wskazywał, że Engave w swoim wykazie usług zawarła również usługę serwisu serwerów Power świadczoną przez Techelon S.A. na rzecz Ministerstwa Finansów, w okresie od czerwca 2011 r., o wartości ponad 11.000.000 zł. Na potwierdzenie wykonania tej usługi załączono pismo Ministerstwa Finansów z dnia 30 października 2012 r., z którego treści wynika, że firma Techelon S.A. wykonuje na rzecz Ministerstwa usługi serwisu pogwarancyjnego i wsparcia technicznego dla sprzętu i oprogramowania IT w okresie od 6 czerwca 2011 r. 6 czerwca 2015 r. o wartości 11.777.250 zł. W ocenie Asseco treść referencji w zestawieniu z treścią wykazu wywołuje wątpliwości co do rzeczywistego stanu rzeczy, które powinny zostać wyjaśnione przed podjęciem decyzji przez zamawiającego. Wyjaśniał, że wykonawca na potrzeby wykazania się doświadczeniem wskazał usługę o wartości ponad 11.000.000 zł, której przedmiotem ma być serwis serwerów Power, tymczasem z referencji wynika, że to całość zamówienia obejmującego również serwis oprogramowania IT, posiada wartość wskazaną przez wykonawcę w wykazie usług.

Asseco podnosił, że z powyższego (a, b, c) wynika, że Engave w wykazie wykonanych usług przedstawiła usługi obejmujące wyłącznie serwis serwerów Power i serwerów aplikacyjnych o określonych wartościach, podczas gdy z treści ww. referencji świadczy, że usługi te wchodzą w szerszy zakres wykonywanego zamówienia, które dopiero łącznie przedstawia wskazaną przez wykonawcę wartość. W opinii Asseco zamawiający nie może przejść obok takich rozbieżności obojętnie i zobowiązany jest do wyjaśnienia wszelkich okoliczności wynikających z załączonego wykazu usług i referencji tak, aby przy podejmowaniu decyzji miał pewność, czy wykonawca spełnia postawione wymagania czy nie. Pewność tę oczywiście może zbudować na treści oświadczenia wykonawcy, pod warunkiem że pozostaje ono w zgodzie z informacjami wypływającymi z treści przedstawionych referencji. Zdaniem Asseco w omawianym przypadku taki stan jednak nie występuje i zamawiający zobligowany jest do skorzystania z treści art. 26 ust. 4 ustawy i wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie dokumentów załączonych do oferty, a dotyczących usług realizowanych na rzecz Poczty Polskiej S.A., NFZ oraz Ministerstwa Finansów w celu uzyskania wyjaśnień opisanych wyżej rozbieżności wynikających z zestawienia wykazu usług z treścią przedłożonych referencji.

3.

a)

Asseco ponadto wskazywał, że w piśmie NFZ zawierającym referencje nie określono ani daty sporządzenia pisma, ani dat realizacji usług, których dotyczą referencje, co uniemożliwia weryfikację czy przedstawione referencje potwierdzają usługi wskazane przez wykonawcę, co z kolei oznacza konieczność uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie prawidłowego oświadczenia potwierdzającego realizację zamówienia, tj. uzupełnionego o datę jego sporządzenia lub co najmniej poprzez sprecyzowanie dat realizacji usług. Asseco wyjaśniał, że ma świadomość, że referencje nie muszą wymieniać dokładnie wszystkich elementów opisujących daną usługę wpisaną w wykazie usług, w tej sytuacji jednak brak daty sporządzenia referencji lub daty świadczenia usług, pozbawia zamawiającego możliwości podstawowej weryfikacji treści wykazu usług. Tak ogólna referencja mogłaby przecież poświadczać wykonanie również innych zamówienia o zbliżonym zakresie przedmiotowym.

b)

Asseco podnosił również, że w wykazie usług Engave zawarła również usługę serwisu serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 o wartości ponad 1.500.000 zł, wykonywaną od 08.2012 r. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Załączone referencje które miały potwierdzać prawidłowe wykonanie tej usług traktują jednak o prawidłowej realizacji usług serwisowych ITS dla serwisów informacyjnych. Zdaniem Asseco referencja nie potwierdza więc wykonania usług serwisowych dla serwerów aplikacyjnych. Stąd też z uwagi na przedłożenie dokumentu zawierającego błędy w ocenie Asseco powstaje konieczność wezwania do uzupełnienia oferty o prawidłowy dokument referencji, który potwierdzał będzie realizację usług serwisowych dotyczących serwerów a

nie serwisów informacyjnych. Asseco twierdził, że zamawiający zobowiązany był do skorzystania z treści art. 26 ust. 3 Pzp i wezwania Engave do uzupełnienia oferty również w zakresie przedstawienia prawidłowych referencji wystawionych przez Narodowy Fundusz Zdrowia oraz przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

4.

Asseco twierdził, że z treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w siwz wynika, że zamawiający wymagał od wykonawców legitymowania się wykonanymi do dnia składania ofert usługami o określonej wartości, w przypadku zaś usług ciągłych lub okresowych usługami wykonywanymi, które do dnia składania ofert prezentowały będą określoną przez zamawiającego wartość.

a)

Wskazywał, że przedstawiona przez Engave usługa serwisowa na rzecz Poczty Polskiej S.A. wg treści referencji jest realizowana w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 30 kwietnia 2013 r. Abstrahując od wątpliwości dotyczących zakresu realizowanej usługi i spełnienia warunku minimalnej wartości usług serwisu serwerów Power, Asseco wskazywał, że z uwagi na: podaną przez wykonawcę w wykazie wartość usługi wynoszącą ponad 3.500.000 zł postawiony przez zamawiającego próg 3.500.000 zł, wynikającą z referencji wartość łączną usługi 3.600.278,88 zł oraz fakt realizowania usługi jeszcze przez 3 miesiące po dacie składania ofert, należało powziąć wątpliwości czy przedstawiona przez Engave wartość usługi jest wartością odpowiadającą rzeczywistej jej wartości na dzień składania ofert.

b)

Asseco wyjaśniał, że przedstawiona przez Engave usługa serwisowa na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wg treści referencji jest realizowana w okresie od 7 sierpnia 2012 r. do 7 sierpnia 2015 r. Abstrahując od opisanej wcześniej wadliwości wymienionych referencji (pkt 3 b uzasadnienia), Asseco podnosił, że z uwagi na: podaną przez wykonawcę w wykazie wartość usługi wynoszącą ponad 1.500.000 zł, postawiony przez zamawiającego próg 1.000.000 zł, wynikającą z referencji wartość łączną usługi 1.586.965,68 zł, oraz fakt realizowania usługi jeszcze przez dwa i pół roku po dacie składania ofert (co oznacza, że zrealizowano dotychczas mniej niż 1/5 całości), należało powziąć wątpliwości, czy przedstawiona przez Engave wartość usługi jest wartością odpowiadającą rzeczywistej jej wartości na dzień składania ofert.

c)

Następnie Asseco podkreślał, że przedstawiona przez Engave usługa serwisowa na rzecz Ministerstwa Finansów wg treści referencji jest realizowana w okresie od 6 czerwca 2011 r. do 6 czerwca 2015 r. Abstrahując od wątpliwości dotyczących zakresu realizowanej usługi i spełnienia

warunku minimalnej wartości usług serwisu serwerów Power, zdaniem Asseco wskazać należy, że z uwagi na: podaną przez wykonawcę w wykazie wartość usługi wynoszącą ponad 11.000.000 zł postawiony przez zamawiającego próg 3.500.000 zł, wynikającą z referencji wartość łączną usługi 11.777.250 zł, oraz fakt realizowania usługi jeszcze przez 2 lata i 3 miesiące po dacie składania ofert (co oznacza, że zrealizowano dotychczas mniej niż 1/2 całości), należało powziąć wątpliwości czy przedstawiona przez Engave wartość usługi jest wartością odpowiadającą rzeczywistej jej wartości na dzień składania ofert.

W opinii Asseco zamawiający winien skorzystać z treści art. 26 ust. 4 Pzp celem wyjaśnienia opisanych powyżej wątpliwości i ustalenia, czy będące w trakcie wykonywania, opisane wyżej usługi, posiadają podaną przez Engave wartość na dzień składania ofert.

18 lutego 2013 r. Asseco przekazał zamawiającemu kopię odwołania. W tym samym dniu zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię odwołania.

W terminie zakreślonym przepisem art. 185 ust. 2 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili następujący wykonawcy: Engave oraz Qumak.

28 lutego 2013 r. zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc w piśmie o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pismawskazywał, że nie zgadza się z twierdzeniami Asseco. W jego ocenie z przedłożonych dokumentów w sposób bezsporny wynika, iż Qumak świadczy usługi serwisu serwerów, co tym samym potwierdza spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu. Wobec czego zarzut podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień Engave odnośnie wartości wykonanych usług serwisowych zamawiający nie podzielał stanowiska Asseco z następujących względów:

1. „spełnienie postawionego warunku doświadczenia jest oceniane w oparciu o przedstawiony wykaz wykonanych usług i informacje w nim zawarte. Treść wykazu przedłożonego przez Engave pozwalała na uznanie, iż wykonawca ten legitymuje się odpowiednim doświadczeniem. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, jak również utrwalonym orzecznictwem, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania usług przedstawionych w wykazie wykonanych usług, i nie muszą przenosić w swej treści wszystkich elementów postawionego warunku, zwłaszcza, że pochodzą od podmiotu trzeciego względem wykonawcy i nie ma on często wpływu na ich treść. Tym samym, jeżeli stwierdzają prawidłowość wykonania usług, które dokumentują, brak jest podstaw do kwestionowania ich prawidłowości;
2. wartości usług serwisu serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 wskazane w wykazie wykonanych usług odpowiednio dla Poczty Polskiej (ponad 3 500 000 PLN) i ZUS (ponad 1 500 000 PLN) nie pozostają w sprzeczności z wartością globalną usług, w których skład wchodzi, są bowiem od nich odpowiednio niższe: dla Poczty Polskiej globalna wartość usług przekracza 3 600 278,88 zł brutto (przy czym nie wiemy dokładnie ile, i nie jest to istotne z punktu widzenia warunku), zaś dla ZUS wynosi 1 586 965,68 zł. (bez wskazania netto czy

brutto). Zważywszy, iż Engave w wykazie wykonanych usług wskazał wyłącznie na usługi serwisowe dla serwerów i przypisał im określoną wartość, zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania tych wielkości, bowiem były to wartości prawdopodobne. Oświadczenie Engave w tym zakresie nie budziło wątpliwości co do zakresu usługi i jej wartości.

3. wartości usług serwisu serwerów typu POWER wskazane w wykazie wykonanych usług odpowiednio dla zamawiającego (ponad 12 000 000 PLN) i Ministerstwa Finansów (ponad 11000 000 PLN) nie pozostają w sprzeczności z wartością globalną usług, w których skład wchodzi, są bowiem od nich odpowiednio niższe: dla zamawiającego globalna wartość usług przekracza 12 500 000 zł brutto, zaś dla Ministerstwa Finansów wynosi 11 777 250,00 zł brutto. Zważywszy, iż Engave w wykazie wykonanych usług wskazał wyłącznie na usługi serwisowe dla serwerów i przypisał im określoną wartość, zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania tych wielkości, bowiem były to wartości prawdopodobne. Oświadczenie Engave w tym zakresie nie budziło wątpliwości co do zakresu usługi i jej wartości”.

Zamawiający wskazywał, że mając na uwadze powyższe, nie miał wątpliwości w zakresie przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnienie przez Engave postawionego warunku wiedzy i doświadczenia, a tym samym nie było konieczności wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający podkreślał, iż odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie słuszności stawianych przez siebie tez, a zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego to na nim spoczywa ciężar dowodu. Wobec powyższego, zdaniem zamawiającego stawiany zarzut jako nieznajdujący potwierdzenia w treści dokumentacji postępowania, zasługuje na oddalenie.

Następnie zamawiający odniósł się do zarzut zaniechania wezwania Engave do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług serwisu. Zamawiający zwraca uwagę, iż twierdzenia Asseco są nieuzasadnione, bowiem usługa wykazywana przez Engave jest usługą świadczoną na rzecz zamawiającego, który posiadał wszystkie niezbędne informacje do tego by zweryfikować prawidłowość przedkładanych dokumentów, i nie znalazł podstaw do ich kwestionowania. Co się zaś tyczy usługi realizowanej dla ZUS, z treści wykazu wykonanych usług wynika, iż świadczone są przez wykonawcę usługi serwisu serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 dla ww. podmiotu, zaś na potwierdzenie jej należytego wykonania przedstawiono referencję mówiącą o świadczeniu usług serwisowych ITS dla serwisów informacyjnych. Z publicznie dostępnych informacji dotyczących tego zamówienia wynika, iż Engave świadczy usługi serwisu infrastruktury techniczno - systemowej serwisów informacyjnych ZUS, a w skład serwisowanego sprzętu wchodzi głównie serwery. Tym samym, zamawiający nie znalazł podstaw do wzywania Engave do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonania usług dla ZUS, bowiem przedłożone wraz z ofertą referencje stanowiły wraz z wykazem wykonanych usług spójną całość.

W toku rozprawy Asseco wycofał zarzuty odnosząc się do wykonawcy Engave w zakresie doświadczenia, którym posługiwał się wykonawca odnoszącego się do Poczty Polskiej S.A. W pozostałym zakresie strony w pełni podtrzymały stanowiska i argumentację zaprezentowaną w odwołaniu oraz w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

KIO 368/13

18 lutego 2013 r. wykonawca Qumak wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności/zaniechania zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Pzp oraz niewykluczeniu z postępowania wykonawcy Engave i nieodrzczeniu oferty złożonej przez tego wykonawcę oraz niewykluczeniu z postępowania wykonawcy Asseco i nieodrzczeniu oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Qumak zarzucał zamawiającemu:

1. błędne ustalenie stanu faktycznego;
2. nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – naruszenie w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Engave oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, iż wskazany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania;
4. nieza
stosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec Engave i zaniechanie odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z treścią siwz;
5. nieza
stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp wobec Engave, jako iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę;
6. nieza
stosowanie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp wobec Engave, jako iż złożenie przez Engave oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na sprzedaż produktów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
7. narus
zenie art. 22 ust 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Engave oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
8. narus
zenie art. 26 ust 3 i/lub 26 ust 4 Pzp poprzez niewezwanie Engave do wyjaśnień dotyczących referencji wystawionych przez NFZ w zakresie zakresu wykonywania przedmiotu referencji przez Engave a w przypadku niespełnienia wymagania siwz wezwania do przedłożenia oświadczeń bądź dokumentów potwierdzających wymagania wskazane w siwz;
9. narus
zenie art. 8 Pzp, poprzez nieodtajnienie utajnionej części oferty Asseco i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Engave;
10. narus
zenie art. 22 ust 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust 2 pkt. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Asseco oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał

spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Qumak wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Engave;
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
3. powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
4. odtajnienie utajnionej części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Engave;
5. odtajnienie utajnionej części oferty Asseco;
6. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Engave jako oferty sprzecznej w swej treści z treścią siwz;
7. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp oferty Engave jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
8. wykluczenie z postępowania Engave na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na złożenie przez Engave nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;
9. wykluczenie z postępowania Asseco na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp z uwagi na złożenie przez Asseco nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;
10. opcjonalnie, w przypadku uznania przez zamawiającego iż usługi mogą być realizowane bez udziału IBM unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust 7 Pzp z uwagi na fakt, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, bowiem nie da się wykonać przedmiotu zamówienia bez udziału IBM, gdyż skutkowało to będzie naruszeniem praw autorskich podmiotów trzecich.

W uzasadnieniu odwołania Qumak podnosił, że zaoferowany przez Engave przedmiot oferty nie jest zgodny z przedmiotem zamówienia określonym przez zamawiającego w siwz. Wyjaśniał, że przedmiotem zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz jest świadczenie usługi wsparcia i serwisu dla 2 elementów: elementy sprzętowe (hardware maintenance) i systemy operacyjne (software maintenance).

Niezgodność oferty Engave z siwz

Qumak twierdził, że Engave zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z treścią ogłoszonej specyfikacji. Podnosił, że wykonawcy składali oferty na formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do siwz, który zawiera następujące oświadczenia:

- pkt. 3 zawiera oświadczenie oferenta o akceptacji wymagań określających przedmiot zamówienia, o następującej treści „Oświadczam, że akceptuję wszystkie wymagania określone w załączniku do Specyfikacji „Opis przedmiotu zamówienia””.

- pkt. 5 zawiera oświadczenie o akceptacji przedstawionych przez zamawiającego warunków umownych realizacji zamówienia „Oświadczam, że bez zastrzeżeń przyjmuję przedstawione przez Zamawiającego warunki umowne realizacji zamówienia określone we wzorze umowy załączonym do specyfikacji. Zobowiązuję się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”.

- pkt. 6 zawiera oświadczenie oferenta o akceptacji warunków usług serwisowych „Oświadczam, że bez zastrzeżeń przyjmuję przedstawione przez Zamawiającego wymagania dotyczące warunków realizacji usługi serwisowej, w tym wsparcia technicznego, usunięcia awarii w czasie nie przekraczającym 24 godziny od czasu zgłoszenia. Oświadczam, iż serwis obejmuje dostarczanie aktualizacji oprogramowania i wsparcie przy rozwiązywaniu problemów z bieżącą eksploatacją oprogramowania oraz przeprowadzenie warsztatów.”

Podkreślał, że Engave składając ofertę był zobligowany do złożenia ww. oświadczenia, co zostało potwierdzone podpisem pod ofertą. Jednakże, zdaniem Qumak oświadczenie to jest niezgodne z prawdą, bowiem przedmiot zamówienia zaoferowany przez Engave nie spełnia wymagań siwz z uwagi na następujące elementy:

- a) Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia ustępie dotyczącym „Wymagań dotyczących serwisu” w pkt. 7 wskazał, iż „Z uwagi na fakt, że w urządzeniach objętych serwisem mogą znajdować się podzespoły objęte gwarancją, serwis urządzeń musi być świadczony w taki sposób, aby nie zostały utracone gwarancje powiązanych podzespołów lub urządzeń wymienionych w rubryce „Data zakończenia gwarancji.””

Zdaniem Qumak, powyższe wymagania w znacznym zakresie może być spełnione jedynie przez firmę IBM, która powinna być podwykonawcą/dostawcą danego wykonawcy. Qumak wskazywał, iż ma podstawy aby twierdzić, iż Engave, nie będzie w stanie spełnić tego wymagania z uwagi na fakt, iż nie będzie posiadać stosownych praw od IBM. Potwierdzeniem powyższego jest pismo od IBM Polska ze wskazaniem, iż ten zakres przedmiotu niniejszego zamówienia może być świadczony jedynie przy współpracy z IBM. Ponadto Qumak wskazywał na powiązanie ceny oferty do przedmiotu zamówienia, bowiem za cenę wskazaną przez Engave nie można zrealizować zamówienia, bowiem oferta IBM dla autoryzowanych partnerów handlowych IBM wynosiła 11.180.000,00 zł. netto co po doliczeniu podatku VAT daje kwotę 13.751.400,00, a więc już w tym momencie przekracza cenę zaoferowaną przez Engave. Ponadto zwracał uwagę, iż Engave nie jest partnerem handlowym IBM, zatem w zakresie przedmiotu zamówienia do którego konieczna jest współpraca IBM musi korzystać z

podwykonawców tj. potencjału podmiotów trzecich, a zatem logicznym jest, iż cena oferty powinna być odpowiednio wyższa.

b) Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia” w ustępie dotyczącym „Wymagań dotyczących serwisu” w pkt. 3 lit. b) wskazał, iż oczekuje „24 godzinnego czasu naprawy” a nadto w załączniku nr 1 do siwz, zakres: Serwis Systemów Operacyjnych: zawarto wymaganie: „Wykonawca oświadcza, że dostarczane poprawki do systemu operacyjnego, firmware oraz sterowniki nie stanowiące części składowej systemu operacyjnego nie naruszają praw twórców oprogramowania i właściciela praw autorskich oraz nie ograniczają praw Zamawiającego do korzystania z tego oprogramowania”

Qumak twierdził, iż w przypadku wymiany lub naprawy danego elementu urządzenia, konieczne jest posiadanie praw do mikrokodów jak i firmware. Wiedząc, iż IBM nie będzie świadczył usług bezpośrednio dla Engave, domniemano iż w tym zakresie Engave korzysta z firmy Techelon, jednakże również z uwagi na to nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiem siwz - załącznik nr 1, zakres: Serwis Systemów Operacyjnych pkt. 2 poprzez niespełnienie wymagania, iż „Wykonawca oświadcza, że dostarczane poprawki do systemu operacyjnego, firmware oraz sterowniki nie stanowiące części składowej systemu operacyjnego nie naruszają praw twórców oprogramowania i właściciela praw autorskich oraz nie ograniczają praw zamawiającego do korzystania z tego oprogramowania” bowiem cena, jaką zaoferowało Engave jest zbyt niska, aby mogła zagwarantować prawidłowe wykonanie zamówienia, a nadto Techelon nie uzyskał oferty od IBM na realizację przedmiotu zamówienia. Wskazywał, że zgodnie z pismem IBM z dnia 15 lutego 2013 r. wykonawca instalując poprawki do systemu operacyjnego i sterowniki bez udziału IBM „naruszy prawa twórców oprogramowania oraz właścicieli praw autorskich” Z uwagi na powyższe Qumak stwierdził, że Engave nie jest w stanie, z uwagi na brak umowy serwisowej z IBM, zapewnić 24 godzinnego gwarantowanego czasu usunięcia awarii o czym mowa w § 4 ust. 4 wzoru umowy, a nadto pliki do pobrania z Fix Central, a więc miejsca gdzie dane kody mogą być pobrane, „są dostępne tylko dla posiadaczy sprzętu lub oprogramowania IBM objętych gwarancją, umową serwisową lub wykupioną subskrypcją i wsparciem. Kody programowe, próbki, aktualizacje i poprawki dostępne na tej stronie (zwane łącznie mikrokodem) podlegają warunkom umów licencyjnych, które regulują warunki korzystania z odpowiedniego mikrokodu”, a zdaniem Qumak, Engave takiej umowy serwisowej nie posiada, co stwierdzono na podstawie ceny oferty i pisma od IBM z dnia 15 lutego 2013 r. Qumak jednocześnie podnosił, że serwisowanie oprogramowania IBM (np. subskrypcja i wsparcie) nie nadaje żadnych praw dostępu do aktualizacji Kodu Maszynowego. Jest to wyłącznie wsparcie do konkretnego systemu operacyjnego lub innych programów objętych umową. Zdaniem Qumak aby spełnić wymagania wskazane w siwz należy posiadać umowę szczegółową z

IBM. Pobieranie mikrokodów jest możliwe poprzez stronę Fix Central, ale wymaga to wcześniejszego zalogowania się do systemów IBM i przestrzegania zapisów o prawach autorskich. Z powyższego wynika konsekwencja powodująca, że wykorzystywanie mikrokodów bez posiadania stosownej umowy serwisowej z producentem oprogramowania, a więc IBM będzie stanowiło naruszenie warunków licencyjnych IBM. Zamawiający, tym samym otrzymując takie aktualizacje od Engave nie będzie miał prawa tych licencji wykorzystać zgodnie z przeznaczeniem i celem postępowania.

c) Zamawiający w załączniku nr 2 do siwz - Umowa - zawarł w § 4 ust 2 następujące wymaganie: „Wykonawca oświadcza, że serwis obejmuje również: usunięcie awarii, dostarczanie aktualizacji oprogramowania i wsparcie producenta przy rozwiązywaniu problemów z bieżącą eksploatacją sprzętu oraz przeprowadzenie warsztatów.”

Qumak wskazywał, że aby móc uczynić zadość temu wymaganiu konieczne jest zawarcie stosownej umowy z IBM, bowiem jak twierdzi IBM w piśmie z dnia 15 lutego 2013 r. „IBM jako producent urządzeń i oprogramowania będącego przedmiotem tego postępowania, będzie udzielał wyłącznie swojego wsparcia podmiotom, które wykupią w IBM Polska Sp. z o.o. stosowne wsparcie. Do dnia dzisiejszego wyłącznie Qumak S.A. i Asseco Poland S.A. otrzymały oferty (...) na pakiet usług będących przedmiotem tego postępowania”.

Niespełnianie przez Engave warunków udziału w postępowaniu

Qumak podkreślał, że Engave w wykazie zamówień na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu przedłożył referencje wystawione przez Narodowy Fundusz Zdrowia (str. 10 oferty Engave). Wyżej wspomniane referencje, nie wskazują jednoznacznie na datę ich wystawienia, nie ma ponadto wskazanie numeru pisma, co w pismach z instytucji publicznych jest standardem. Dla porównania zwracał uwagę na referencje z Narodowego Funduszu Zdrowia wystawione dla Asseco (str. 42 oferty Asseco), które ten numer zawiera a datowana jest dwa lata wcześniej. Ponadto osoba, która podpisała, owe referencje dla Engave a więc Prezes NFZ dr n. med. J..... P..... został Uchwałą Nr 11/2012/11 Rady Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 28 maja 2012 r. w przedmiocie wyrażenia opinii w sprawie odwołania Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia - odwołany ze stanowiska. Co za tym idzie, referencje aby miały swoją moc, mogły być wystawione najpóźniej z dniem 27 maja 2012r. (jednakże wątpliwym pozostaje ciągle brak numeru pisma i daty wystawienia). Odwołujący wskazuje, iż z uwagi na powyższe przedłożone przez Engave referencje nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 6.1.2. siwz, bowiem z wykazu usług (str.7 oferty) wynika, iż były one realizowane w okresie styczeń 2011 r. – grudzień 2012r. a referencja mogła być wystawiona najpóźniej 27 maja 2012 r., zatem brak jest

wiedzy, czy w ciągu pół roku od ich wystawienia nie zaistniała przesłanka do twierdzenia, iż usługi te były wykonane nienależycie.

Zdaniem Qumak zamawiający w powyższym zakresie powinien wezwać oferenta w trybie art. 26 ust 3 Pzp do przedłożenia referencji na ich pełny zakres i/lub w trybie art. 26 ust 4 Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień, czego nie uczynił.

Złożenie nieprawdziwych informacji przez Engave i naruszenie uczciwej konkurencji

Qumak podnosił, że Engave poprzez wskazanie, iż oferuje przedmiot zamówienia zgodny z siwz poświadczył nieprawdę, bowiem nie można spełnić świadczenia wymaganego przez zamawiającego w specyfikacji bez wsparcia ze strony producenta a więc IBM. Co za tym idzie, nie jest możliwe zrealizowanie usługi bez podpisania umowy serwisowej z IBM, której wartość jak wspomnieliśmy oscyluje w granicach 14 mln zł brutto. W ocenie Qumak powyższe jednoznacznie dowodzi, iż oferta złożona przez Engave była sporządzona niedbale i w sprzeczności z przepisami oraz wymaganiami zamawiającego. Powyżej opisane okoliczności zdaniem Qumak dowodzą, że Engave zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zawartymi w siwz, a nadto istnieje zasadne przypuszczenie, iż firma Engave nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Qumak podkreślał, że zamawiający nie może opierać się jedynie na oświadczeniach składanych przez wykonawcę, jest również zobowiązany do oceny czy dany wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia na warunkach wskazanych przez siwz. Zdaniem Qumak zamawiający już na podstawie różnicy w cenie oferty Engave, powinien powziąć wątpliwości, co do zakresu świadczenia zaoferowanego przez tego wykonawcę. Z uwagi na to powinien dokonać wyjaśnień a w przypadku dalszych wątpliwości - powinien ofertę odrzucić lub wykluczyć oferenta z postępowania.

Dodatkowo Qumak wyjaśniał, że z referencji wynika iż przedmiot zamówienia wykonywany był w konsorcjum z Betacom S.A. zatem w tym zakresie należałoby wezwać Engave w trybie art. 26 ust 4 Pzp do złożenia wyjaśnień co do faktycznego zakresu usług przez niego wykonywanych, czego Zamawiający nie uczynił. Ponadto wskazywał, że Engave składając referencje od NFZ (pkt. II odwołania) potwierdził nieprawdę wskazując, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w zakresie oferty Engave

Qumak podkreślał również w tym miejscu, iż cena oferty Engave jest rażąco niska bowiem, nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia po tej cenie, bowiem aby móc w pełni uczynić zadość wymaganiom zamawiającego wskazanym w siwz, należy skorzystać ze wsparcia IBM w postaci podpisania szczególnej umowy na wsparcie, której koszt wynosi ok. 14 mln zł brutto, natomiast oferta Engave opiewa na 12.490.500,00 zł brutto. Qumak zwracał uwagę, że aby nie naruszyć praw licencyjnych producenta urządzeń i oprogramowania, nie jest możliwej skorzystanie z żadnej innej formy współpracy niż wskazana w niniejszym odwołaniu.

Utajnienie

Zdaniem Qumak zamawiający powinien odtajnić wyjaśnienia Engave w zakresie ceny, bowiem z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i fakt, iż zgodnie z oświadczeniem wskazanym przez Engave w złożonej przez siebie ofercie w pkt. 8 oferty, wykonawca zamierza powierzyć część wykonania zamówienia podwykonawcom. W tym miejscu zarówno zamawiający jak i oferenci powinni mieć możliwość oceny czy podwykonawca danego oferenta w zakresie świadczenia specyficznej usługi wsparcia z zastosowaniem przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w pełni spełnia wymagania wskazane w siwz. Co więcej z uwagi na jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazaną art. 8 Pzp, takie odtajnienie umożliwiłoby ochronę praw autorskich podmiotów trzecich, umożliwiając sprawdzenie, czy prawa takich podmiotów nie będą łamane.

Zarzuty odnoszące się do ASSECO

Utajnienie

Qumak wskazywał, iż zamawiający naruszył art. 8 ust 3 Pzp, bowiem powinien odtajnić część oferty Asseco, która została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i fakt, iż zgodnie z oświadczeniem wskazanym przez Asseco w złożonej przez siebie ofercie na str. 4 oferty Asseco wskazał, że zamierza powierzyć w części wykonanie zamówienia podwykonawcom. W tym miejscu zarówno zamawiający jak i oferenci powinni mieć możliwość oceny, czy podwykonawca danego oferenta w zakresie świadczenia specyficznej usługi wsparcia z zastosowaniem przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w pełni spełnia wymagania wskazane w siwz. Co więcej z uwagi na jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazaną art. 8 Pzp, takie odtajnienie umożliwiłoby ochronę praw autorskich podmiotów trzecich poprzez sprawdzenie, czy prawa takich podmiotów nie będą łamane. Dla Qumak niezrozumiałym było również utajnienie opinii bankowej, bowiem Asseco jako spółka giełdowa publiczna na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych oraz warunków uznawania za równoważne informacji wymaganych przepisami prawa państwa niebędącego państwem członkowskim (Dz. U. z dnia 28 lutego 2009 r.) jest tak czy inaczej zobligowana do informowania o swojej sytuacji finansowej, a co za tym idzie nieodtajnienie opinii bankowej przez zamawiającego stanowi złamanie zasady jawności z art. 8 Pzp i równego traktowania z art. 7 Pzp.

Niespełnianie przez Asseco warunków udziału w postępowaniu.

W opinii Qumak przedłożona przez Asseco referencja nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 6.1.2. siwz, bowiem z wykazu usług (str.41 oferty)

wynika, iż były one realizowane w okresie do dnia 6 grudnia 2010 r. a referencja obejmowała swym zakresem okres od 23 grudnia 2008 r. – 31 grudnia 2010 r. a była wystawiona 6 grudnia 2012 r.

Zdaniem Qumak zamawiający w powyższym zakresie, z uwagi na usługi ciągłe, powinien wezwać oferenta w trybie art. 26 ust 3 Pzp do przedłożenia referencji na ich pełny zakres i/lub w trybie art. 26 ust 4 Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie zakresu referencji, czego nie uczynił.

18 lutego 2013 r. Qumak przekazał zamawiającemu kopię odwołania. W tym samym dniu zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię opisanego powyżej odwołania.

W terminie zakreślonym przepisem art. 185 ust. 2 Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili następujący wykonawcy: Engave oraz Asseco.

28 lutego 2013 r. zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pisma wskazywał, że nie zgadza się z twierdzeniami Qumak.

1. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Engave

W ocenie zamawiającego Qumak nie przedstawił na potwierdzenie stawianego zarzutu jakiegokolwiek dowodu, który przynajmniej uprawdopodobniałby słuszność prezentowanego stanowiska. W miejsce konkretnych dowodów przywołał mnóstwo domysłów, które swe źródło mają w cenie oferty złożonej przez Engave i pismach IBM, które to pisma nie poruszają kwestii potencjalnej współpracy tego podmiotu z Engave. Zamawiający wyjaśniał, że Engave w złożonej przez siebie ofercie zapewnił realizację przedmiotu zamówienia w sposób opisany w siwz, o czym świadczą złożone oświadczenia na stronach 2-3 oferty. Podnosił, że kwestie dotyczące istnienia porozumień między wykonawcą a podmiotami, z którymi będzie współpracował przy realizacji zamówienia, pozostaje poza zakresem badania ze strony zamawiającego, bowiem z podmiotami tymi nie wiąże go żaden stosunek prawny, który kształtować by mógł jakiekolwiek uprawnienia kontrolne zamawiającego. Tym samym wobec złożenia przez Engave oferty potwierdzającej realizację zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego i braku dowodów przeciwnych, zamawiający nie podzielił stanowiska prezentowanego jako uzasadnienie stawianego zarzutu, wobec czego wnosił o jego oddalenie.

Zarzut zaniechania wykluczenia Engave z powodu niewykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia

Zamawiający wskazywał, że Qumak kwestionował prawidłowość dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi serwisu dla zamawiającego, ze względu na nieopatrzanie dokumentu datą, jak i numerem korespondencji. Dodatkowo podnosił, iż - zważywszy na datę odwołania ze stanowiska osoby podpisującej referencje - dokument ten nie stanowi potwierdzenia należytego wykonania

kompletnej usługi, lecz pewnej jej części, Powyższe stanowi podstawę do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, względnie do wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiający podał, że nie podziela stanowiska prezentowanego przez Qumak, gdyż z żadnego przepisu obowiązującego prawa nie wynika, iż referencja powinna zostać opatrzona datą dzienną, wobec czego stawianie z tego tytułu zarzutu jest nieporozumieniem. W ocenie zamawiającego treść referencji załączona do oferty pozwała na uznanie, iż wykonawca ją przedkładający wykazuje w sposób niebudzący wątpliwości, spełnienie postawionego warunku wiedzy i doświadczenia. Po trzecie, zamawiający podkreślał, że wykazywana przez wykonawcę usługa była świadczona dla zamawiającego, który posiadał wszystkie niezbędne informacje do tego by zweryfikować - w kontekście postawionego warunku - prawidłowość przedkładanego dokumentu, i nie znalazł podstaw do jego kwestionowania. W tym stanie rzeczy zamawiający stanął na stanowisku, że Qumak domaga się jeszcze lepszego wykazania przez Engave spełnienia warunku, i byłoby wyrazem nadmiernego formalizmu. Wobec potwierdzenia spełnienia warunku w sposób wystarczającego do jego oceny, zarzut podlega oddaleniu.

Zarzut zaniechania wykluczenia Engave z powodu złożenia nieprawdziwych informacji

Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Nie chcąc powielać argumentacji przywołanej dla odparcia dwóch poprzednich zarzutów, zamawiający wskazywał jedynie, iż Qumak nie udowodnił zaoferowania sposobu realizacji zamówienia przez Engave sprzecznego z wymaganiami siwz, w szczególności dowodu takiego nie stanowi wyłącznie algebraiczne porównanie cen złożonych ofert. Odnośnie nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, zamawiający podnosił, iż zgodnie z art. 23 Pzp, do wykonawców występujących wspólnie stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy. Dodatkowo wychodząc z solidarnej odpowiedzialności wykonawców występujących wspólnie za realizację zamówienia, w świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO, każdy z wykonawców wspólnie realizujących zamówienie, uprawniony jest do powoływania się na „całość” zdobytego w ten sposób doświadczenia. Jeżeli zaś chodzi o usługę wykonywaną dla zamawiającego, aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona na wcześniejszym etapie.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Engave z uwagi na wystąpienie w niej rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie podzielał stanowiska Qumak zwłaszcza, iż nie przedstawił on jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie prawidłowości stawianych zarzutów. Oświadczenia Qumak o zaoferowaniu przez Engave przedmiotu zamówienia nieodpowiadającemu siwz, zdaniem zamawiającego nie znajdują potwierdzenia w treści oferty Engave, zaś jedynym dowodem mającym wykazać prawidłowość zarzutu jest wartość usługi wsparcia, zaoferowanej Qumak przez firmę IBM. W tej sytuacji, zarzut jako niewykazany, w opinii zamawiającego podlega oddaleniu.

Zarzut zaniechania odtajnienia oferty Engave

W pierwszej kolejności zamawiający podnosił, iż Qumak nie wykazał jakiegokolwiek związku między utajnieniem złożonych wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a zamiarem podzlecenia częściowej realizacji zamówienia, które miałyby uzasadniać obowiązek odtajnienia tych wyjaśnień. Nie przywołał również jakiegokolwiek argumentacji na potwierdzenie słuszności prezentowanego stanowiska. Po drugie, zamawiający zwracał uwagę, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie byli zobowiązani do wskazania w złożonych ofertach nazw podwykonawców, wobec powyższego nie jest możliwa weryfikacja zdolności, o których wspomina Qumak, na podstawie utajnionych informacji. Nie wiedząc bowiem komu zlecone zostałyby określone prace, nie jest możliwym ocena czy podmiot ma możliwość określonych działań, Zamawiający poddaje w wątpliwość możliwość takiej oceny nawet przy założeniu znajomości nazw podmiotów-podwykonawców, bowiem informacja o dostępie do zasobów umożliwiającą podjęcie określonych działań jest najczęściej chronione przed konkurencją, bowiem bezpośrednio przekłada się na pozycję danego podmiotu na rynku. Po trzecie, zamawiający dokonał weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez Engave wyjaśnień udzielonych w trybie art. 90 ust. 3 Pzp jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i uznał, iż informacje te spełniają wymogi ustawowe do tego by taką klauzulą zostały objęte.

Zarzut zaniechania odtajnienia oferty Asseco

Zamawiający zwracał uwagę, iż Qumak przyjął błędne założenia wyjściowe, które legły u podstaw formułowanych zarzutów, a mianowicie, iż podmiot lub podmioty trzecie, dla których przedłożono dokumenty w części tajnej oferty Asseco muszą być podwykonawcami tego podmiotu, bowiem Asseco złożyło oświadczenie w Formularzu oferty o zamiarze podzlecenia części zamówienia. Z treści tego oświadczenia nie wynika jednak, iż wykonanie części zamówienia zostanie zlecone podmiotom, dla których Asseco przedłożyło utajnione dokumenty, wobec czego formułowanie, w oparciu o powyższe, zarzutu nie znajduje potwierdzenia w treści złożonej oferty, co przemawia za oddaleniem zarzutu. Następnie zamawiający zwraca uwagę, iż - nawet gdyby czysto hipotetycznie przyjąć, iż podzlecenie części zamówienia nastąpi podmiotom trzecim, których dotyczą dokumenty przedłożone w części tajnej oferty - to zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty dotyczące podmiotu lub podmiotów trzecich, nie zawierają informacji pozwalających na weryfikację zdolności do realizacji zamówienia, bowiem nie były przedkładane w tym celu. Tym samym, cel odtajnienia dokumentów nie zostanie osiągnięty. Kolejno, zamawiający wyjaśniał, że dokonał weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez Asseco części informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i uznał, iż informacje te spełniają wymogi ustawowe do tego by taką klauzulą zostały objęte. Odnosząc się zaś do utajnienia opinii bankowej Asseco, w opinii zamawiającego informacje zawarte w tej opinii mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, świadczą bowiem o możliwościach ekonomicznych podmiotu i jego kondycji finansowej, a także o jego wiarygodności w opinii instytucji finansowych. Obowiązek informowania o sytuacji finansowej zgodnie z wymogami ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej materializuje się w konkretnych okolicznościach, i nie dotyczy informacji o aktualnym każdorazowym stanie środków finansowych, wobec czego nie może stanowić podstawy do odtajnienia tych informacji,

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Asseco

Zamawiający zwracał uwagę, iż jedynym uzasadnieniem zarzutu jest przywołany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, który został wydany w konkretnych okolicznościach innego postępowania. Odwołujący zaś nie przywołał żadnej argumentacji, która potwierdzałaby stawiany zarzut, w odniesieniu do konkretnych zapisów kwestionowanych referencji. W związku z powyższym, zamawiający twierdził, że zarzut jako niewykazany przez Qumak, podlega oddaleniu. Niezależnie od powyższego, zamawiający zwraca uwagę, iż z treści referencji wynika w sposób jednoznaczny, iż do dnia 6 grudnia 2012 r. świadczona przez Asseco usługa osiągnęła wymagany pułap 3 500 000 zł i była świadczona w sposób należyty. Zdaniem zamawiającego powyższe stanowi wystarczające potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, a żądanie Qumak sprowadza się do jeszcze lepszego wykazania spełnienia postawionego warunku i byłoby wyrazem nadmiernego formalizmu. Zamawiający wskazał zatem, że wobec potwierdzenia spełnienia warunku w sposób wystarczającego do jego oceny, zarzut podlega oddaleniu.

W toku strony w pełni podtrzymały stanowiska i argumentację zaprezentowaną w odwołaniu oraz w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego, zgromadzone dowody, stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących, złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności związane z treścią: postanowień specyfikacji, treścią złożonych ofert złożonych w postępowaniu, poszczególnych pism wykonawców kierowanych przez zamawiającego do wykonawców wraz z odpowiedziami zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniach, co zostało zreferowane powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Zatem Izba rozpoznała odwołania na rozprawie.

Następnie Izba zbadała skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego wykonawców zgłaszających przystąpienia i nie znalazła podstaw niedopuszczenia do postępowania odwoławczego któregośkolwiek z wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

KIO 864/13

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zgłoszony przez Asseco zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Qumak, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zarzut

naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp. Izba po zbadaniu okoliczności i całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie stwierdziła, że ww. zarzuty potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że w pkt 5 ppkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia ustanowił następujący warunek udziału w prowadzonym postępowaniu, tj. wykonawca miał wykazać, że wykonał (w w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również wykonywane) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 usługi polegające na serwisie serwerów bazodanowych typu Power, każda o wartości przekraczającej 3.500.000 zł brutto oraz 2 usługi polegające na serwisie serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 każda o wartości przekraczającej 1 000 000 zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że zamówienie to zostało wykonane lub jest wykonywane należycie

W pkt 6.1.2 swiz zamawiający wskazał, że celu potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani są przedstawić pisemny wykaz wykonanych usług (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również wykonywane) zawierający, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 usługi polegające na serwisie serwerów bazodanowych typu Power, każda o wartości przekraczającej 3.500.000 zł brutto oraz 2 usługi polegające na serwisie serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 każda o wartości przekraczającej 1 000 000 zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że zamówienie to zostało wykonane lub jest wykonywane należycie. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 6 do siwz.

Qumak w złożonej ofercie (str. 10-11) przedstawiły wykaz wykonanych usług, sporządzony według załącznika nr 6 do siwz wraz z dokumentami mającymi potwierdzać należyte ich wykonanie. Wykaz zawierał 4 pozycje, w których wykazano wykonanie konkretnych usług na rzecz: Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, Uniwersytetu Warszawskiego, Komendy Głównej Policji, Instytutu Chemii Bioorganicznej PAN. Wykonawca do oferty załączył również dokumenty mające potwierdzać należyte wykonanie usług (str. 12-102 oferty).

Pismem z dnia 1 lutego 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający skierował do Qumak wezwanie do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu. W treści wezwania zamawiający podał m. in.: „Jako dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi dla Uniwersytetu Warszawskiego przedstawiono protokół odbioru przedmiotu umowy, który poświadcza jedynie wykonanie umowy w zakresie dostawy, instalacji i uruchomienia. Protokół odbioru nie potwierdza wykonania należyte usługi serwisu serwerów bazodanowych typu Power. Także referencja wystawiona przez Komendę Główną Policji nic nie mówi o wykonywaniu serwisu serwerów aplikacyjnych. Podobnie protokoły zdawczo odbiorcze sporządzone pomiędzy Politechniką Wrocławską a Qumak-Sekom nie potwierdzają wykonania usługi serwisu”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego w piśmie z dnia 4 lutego 2013 r. Qumak złożył wyjaśnienia dotyczące usług opisanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 1 lutego 2013 r.

W piśmie, w odniesieniu do poszczególnych usług realizowanych na rzecz poniższych podmiotów wyjaśniał, że:

- Uniwersytet Warszawski - umowa zawarta pomiędzy Qumak-Sekom a Uniwersytetem Warszawskim obejmowała swym zakresem również świadczenie serwisu serwerów bazodanowych typu Power (§ 1 ust. 1 pkt iii oraz § 5 umowy). Z uwagi na kompleksowość zamówienia odbiór dokonywany był kompleksowym protokołem odbioru robót załączonym do oferty Qumak;
- Komenda Główna Policji – umowa obejmuje swym zakresem również świadczenie serwisu serwerów aplikacyjnych (§ 1 ust. 1 pkt 8 oraz § 5 umowy). Z uwagi na kompleksowość zamówienia odbiór dokonywany był kompleksowym protokołem odbioru robót załączonym do oferty Qumak;
- Instytut Chemii Biorganicznej PAN - umowa obejmuje swym zakresem również świadczenie serwisu serwerów aplikacyjnych (§ 6 ust. 2 umowy). Z uwagi na kompleksowość zamówienia odbiór dokonywany był kompleksowym protokołem odbioru robót załączonym do oferty Qumak, w odniesieniu do każdej z jednostek w zakresie przedmiotu umowy, przy czym dla świadczenia serwisu zakres był tożsamy dla wszystkich jednostek.

Do pisma Qumak załączył dokumenty (umowy) na które powoływał się w treści wyjaśnień.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności oraz dokumentacji zgromadzonej w sprawie Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca Qumak nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5 ppkt 2 siwz. Nie budzi wątpliwości Izby sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, który wprost odwoływał się do legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w zakresie usług serwisu zarówno w odniesieniu do serwerów bazodanowych typu Power jak również serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86. Z ustaleń Izby wynika, że w celu wykazania spełnienia ww. warunku wykonawcy mieli przedłożyć wykaz wykonanych usług sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do siwz wraz z dokumentami potwierdzającym, że zamówienie zawarte w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Qumak wraz z ofertą złożył żądany przez zamawiającego wykaz wraz z dokumentami, które miały potwierdzać należyte wykonanie usług. Jednakże w treści dokumentów złożonych przez Qumak na potwierdzenie należytego wykonania usług na rzecz takich podmiotów jak: Uniwersytet Warszawski, Komenda Główna Policji, Instytut Chemii Bioorganicznej PAN brak jest informacji w zakresie należytego wykonania usług serwisu. Podkreślić należy, że przedstawione dokumenty zawierają jedynie informacje potwierdzające wykonanie innego rodzaju czynności tj. dostawa, instalacja czy też uruchomienie. Treści dokumentów przedstawionych przez Qumak nie zawiera żadnych informacji o wykonywaniu serwisu na rzecz wskazanych powyżej podmiotów.

Zatem za prawidłowe należy uznać postępowanie zamawiającego, który korzystając z narzędzia opisanego w art. 26 ust. 3 Pzp jakim jest wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wezwał Qumak do złożenia w konkretnym terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w siwz w zakresie wiedzy i doświadczenia. Stwierdzić należy, że w wezwaniu zamawiający szczegółowo opisał stan faktyczny związany z koniecznością wezwania

oraz w sposób jasny sformułował żądania w zakresie wymaganych dokumentów. W wyniku powyższego wezwania Qumak przedstawił wyjaśnienia, które zostały podparte przez wykonawcę umowami z podmiotami opisanymi powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że zarówno dokumentów przedstawionych wraz z ofertą przez Qumak, jak również wyjaśnień wraz umowami przedłożonymi na żądanie zamawiającego, nie można uznać za wystarczające do potwierdzenia przez Qumak spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w specyfikacji w pkt. 5 ppkt 2. Wadliwość dokumentów złożonych wraz z ofertą przez Qumak została opisana powyżej.

Zaś co do dokumentów przedłożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp to Izba zwraca uwagę, że wykonawca pismem z dnia 1 lutego 2013 r. został wezwany do uzupełnienia stosownych dokumentów a nie wyjaśnień. Powyższa czynność wezwania nie była kwestionowana przez wykonawcę. Wobec tego z całą stanowczością należy stwierdzić, że Qumak zobowiązany był do złożenia nie wyjaśnień a dokumentów wymaganych przez zamawiającego treścią siwz. Izba uznała, że umów złożonych wraz z wyjaśnieniami nie sposób uznać za dokumenty, które potwierdzają należyte wykonanie lub wykonywanie usług serwisu, ponieważ charakter tych dokumentów nie pozwala zakwalifikować ich do katalogu dokumentów mogących potwierdzać należyte wykonanie określonego rodzaju usług czy prac. Umowa określa między innymi przedmiot świadczenia stron oraz ich prawa i obowiązki. Tym samym niemożliwym jest doszukanie się w jej treści określeń wskazujących na należyte wykonanie jej przedmiotu. Wobec tego w omawianej kwestii umowy przedstawione przez Qumak należy uznać za bezużyteczne.

W zakresie argumentacji prezentowanej przez Asseco w toku rozprawy, odnoszącej się do wartości usług wskazanych w wykazie, Izba w pełni podziela stanowisko Qumak, który podnosił, że w treści odwołania brak jest sformułowania tego rodzaju zarzutu. Wobec tego Izba powinna pominąć argumentację Asseco w tym zakresie. Tym samym złożone przez Asseco w toku rozprawy dowody, tj.:

- wyciąg z oferty Qumak-Sekom w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Główną Policji oraz wyciąg z umowy w zakresie wskazanym w wykazie wykonanych usług,
- wyciąg z oferty Qumak-Sekom w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Warszawski i oraz wyciąg z umowy w zakresie wskazanym w wykazie wykonanych usług,

należy uznać za nieprzydatne i nie mające znaczenia dla rozpoznania ww. zarzutu.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że poprzez zaniechanie wykluczenia Qumak z prowadzonego postępowania oraz nieodrzućenie oferty ww. wykonawcy zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz 24 ust. 4 Pzp. Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia przez zamawiającego w stosunku do wykonawcy Asseco art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień Engave, pomimo istnienia rozbieżności co do zakres usług, pomiędzy treścią wykazu wykonanych usług a treścią dokumentów potwierdzających ich wykonanie. Izba uznała zgłoszony zarzut za niezasadny.

W zakresie omawianego zarzutu Asseco twierdził, że zamawiający zaniechał wezwania Engave do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, w kwestii rozbieżności między wartościami usług świadczonych na rzecz: Narodowego Funduszu Zdrowia, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz Ministerstwa Finansów, wskazanych w wykazie wykonanych usług a wartościami wynikającymi z referencji przedstawionych na potwierdzenie ich należytego wykonania. I tak:

- w wierszu 2 wykazu wykonanych usług Engave zawarł usługę serwisu serwerów aplikacyjnych opartych o architekturę x86 o wartości ponad 1.500.000 zł brutto wykonywaną od sierpnia 2012 r. na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. W treści pisma z dnia 22 stycznia 2013 r. wskazano, że Engave świadczy usługi serwisowe ITS dla serwisów informacyjnych ZUS z należytą starannością. Realizowana umowa obowiązuje od 7 sierpnia 2015 r. Wartość umowy wynosi 1.586.965,68 zł. W piśmie wystawca referencji wskazał, że nie ma zastrzeżeń do sposobu świadczenia usług przez Engave.

- w wierszu 3 wykazu wykonanych usług Engave zawarł usługę serwisu serwerów bazodanowych Power o wartości ponad 12.000.000 zł wykonywaną w okresie od stycznia 2011 r. do grudnia 2012 r. na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia (str. 7 oferty). Dla potwierdzenia jej należytego wykonania załączono pismo NFZ w którym podano, że Engave wykonał dla NFZ oraz jego dziewięciu oddziałów wojewódzkich serwis sprzętowy (HWMA) oraz serwis systemów operacyjnych (SWMA) w ramach zamówienia publicznego o wartości ponad 12.500.000 zł. W treści referencji podano również, że w skład serwisowanej infrastruktury wchodzi serwer IBM Power, macierze dyskowe oraz biblioteki taśmowe. W piśmie wskazano, że usługi są świadczone terminowo i z należytą starannością.

- w wierszu 4 wykazu wykonanych usług Engave zawarł usługę serwisu serwerów bazodanowych typu Power o wartości ponad 11.000.000 zł świadczoną na rzecz Ministerstwa Finansów, w okresie od czerwca 2011 r., o wartości ponad 11.000.000 zł. Na potwierdzenie wykonania usługi Engave załączył pismo Ministerstwa Finansów z dnia 30 października 2012 r., z którego treści wynika, że firma Techelon S.A. wykonuje w sposób należyty i zgodny z umową na rzecz Ministerstwa usługi serwisu pogwarancyjnego i wsparcia technicznego dla sprzętu i oprogramowania IT. W treści pisma wskazano, że całość przedmiotu umowy ma zostać wykonana w terminie do dnia 6 czerwca 2015 r.. Wartość realizowanej umowy wynosi 11.777.250 zł. brutto.

Oceniając zasadność powyższego zarzutu nie sposób pominąć faktu, że spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zgodnie z siwz było oceniane przez zamawiającego w oparciu o informacje zawarte w załączonym do oferty wykazie wykonanych usług. Zaś dokumenty złożone wraz z wykazem miały służyć jedynie potwierdzeniu należytego wykonania usług opisanych w wykazie. Wobec tego Izba wskazuje, że informacje

zawarte w powyższych dokumentach należy czytać łącznie.

Po dokonaniu analizy wykazu wykonanych usług, przedłożonego przez Engave wraz z ofertą, Izba uznała, że jego treść pozwalała na uznanie, iż wykonawca ten legitymuje się odpowiednim doświadczeniem opisanym przez zamawiającego w siwz. Wskazać należy, że referencje stanowią jedynie potwierdzenie należytego wykonania usług przedstawionych w wykazie wykonanych usług, i nie muszą przenosić w swej treści wszystkich elementów postawionego warunku, zwłaszcza, że pochodzą od podmiotu trzeciego względem wykonawcy i nie ma on często wpływu na ich treść. Tym samym, jeżeli stwierdzają prawidłowość wykonania usług, które dokumentują, brak jest podstaw do kwestionowania ich prawidłowości.

Izba podkreśla, że na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Wskazany powyżej przepis nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron i polega na wykazywaniu dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Bezwańpienia postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a zatem z istoty takiego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Art. 14 ustawy stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (dalej: „k.c”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zatem należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

W omawianej kwestii odwołujący przedstawił dowody:

- w postaci wyciągu z oferty składanej w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów, gdzie w pozycjach 1, 5, 8 i 13 wskazano określoną ilość sztuk serwerów bazodanowych IBM. Z powyższego odwołujący wywodził, że wartość usługi serwisu serwerów Power stanowi wartość o wiele niższą od tej wskazanej w wykazie.
- w postaci wyciągu z oferty składanej w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, gdzie w formularzu cenowym wskazano określone urządzenia podlegające serwisowi. Z powyższego odwołujący wywodził, że wartość usługi serwisu dla

ZUS stanowi wartość o wiele niższą od tej wskazanej w wykazie.

W ocenie Izby ww. dowody nie są wystarczające, aby stwierdzić, że Engave nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego w zakresie wykonanych usług serwisowych. Zgodzić się należy z twierdzeniami prezentowanymi w toku rozprawy przez Engave, iż nie sposób wyodrębnić usługi serwisowej dla poszczególnych elementów systemu. Cała usługa serwisowa jest jedną, spójną usługą.

Mając na uwadze powyższe, Izba stanęła na stanowisku, że Asseco nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że Engave nie zrealizował usług serwisu o określonych wartościach wykazanych w wykazie, podczas gdy to właśnie na odwołującym spoczywał ciężar dowiedzenia tej kwestii. Tym samym Izba uznała, że nie było konieczności wszczynania procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a więc zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut naruszeniu przez zamawiającego treści art. 26 ust 3 ustawy z uwagi na zaniechanie wezwania Engave do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług serwisu. Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Asseco kwestionował prawidłowość przedłożonych na potwierdzenie należytego wykonania usługi serwisu: serwerów POWER, referencji wystawionych przez NFZ oraz serwerów aplikacyjnych, referencji wystawionych przez ZUS (opisane powyżej).

W omawianej kwestii Izba zgodziła się w pełni z argumentacją prezentowaną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy.

Nie było spornym między stronami, że jedna z usług wskazanych w wykazie przez Engave była świadczona na rzecz zamawiającego. Tym samym zamawiający, jako podmiot na rzecz którego była realizowana usługa, a także wystawca referencji, którą posługuje się Engave, posiadał wszelkie niezbędne informacje do tego, aby zweryfikować prawidłowość przedkładanych dokumentów i ustalić, czy usługa wykonywana na jego rzecz została wykonana należyście.

Zaś, co do usługi realizowanej na rzecz ZUS, to Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, który twierdził, że z publicznie dostępnych informacji dotyczących tego zamówienia wynika, iż Engave świadczy usługi serwisu infrastruktury techniczno - systemowej serwisów informacyjnych ZUS, a w skład serwisowanego sprzętu wchodzi głównie serwery. Wobec tego w ocenie Izby brak jest podstaw do wzywania Engave do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonania usług dla ZUS.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie potwierdził się.

Reasumując, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp opisane powyżej, jednakże nie pozostaje ono bez wpływu na wynik postępowania, podczas gdy, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie tylko w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie oferta wykonawcy Qumak została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Biorąc pod uwagę, że nie potwierdziły się zarzuty odnoszące się do wykonawcy Engave, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, stwierdzić należy, że potwierdzenie się zarzutów jedynie w stosunku do wykonawcy Qumak pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta Engave niezmiennie pozostaje na pierwszej pozycji. Za takim poglądem przemawia również treść wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt. V Ca 3270/12, gdzie sąd stwierdził, że nieprawidłowym jest uwzględnienie odwołania na zasadzie „sztuka dla sztuki”, skoro wynik postępowania, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty, w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej pozostałby ten sam. Sąd podkreślił, iż w postępowaniu odwoławczym wynik postępowania nie został skutecznie podważony, a zatem nie została spełniona przesłanka uwzględnienia odwołania wyrażona w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w postaci istotności wpływu naruszenia przepisów ustawy Pzp na wynik postępowania.

Tym samym pomimo potwierdzenia się zarzutów odnoszących się do wykonawcy Qumak odwołanie należało oddalić.

KIO 368/13

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechania odrzucenia oferty Engave jako niezgodnej z treścią siwz. Po zbadaniu okoliczności i całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Nie było sporu między stronami, że zamawiający w treści specyfikacji nie zapisał wprost wymogu współpracy wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia z firmą IBM. Powyższe Qumak pośrednio wywodził z poszczególnych postanowień siwz opisanych powyżej, m. in. załącznika nr 1 do siwz pkt 7, 3 lit. b oraz załącznika nr 2 do siwz § 4 ust. 2 projektu umowy. Ponadto strony były zgodne co do faktu, że zamawiający żądał wykonania przedmiotu zamówienia nie naruszając przy tym praw osób trzecich.

W toku rozprawy Qumak podtrzymał argumentację zawartą w treści odwołania, która opierała się na tym, że wykonawca Engave nie będzie w stanie spełnić wymagań zamawiającego opisanych w siwz, gdyż ponieważ nie będzie posiadać stosowanych praw od IBM.

Izba nie podzieliła powyższego poglądu wyrażanego przez Qumak i stanęła na stanowisku, że Engave w złożonej ofercie zagwarantował realizację przedmiotu zamówienia w sposób opisany w

siwz. W ocenie Izby z jedynie z wymagania zamawiającego, polegającego na tym, że wykonawca ma zrealizować przedmiot zamówienia nie naruszając przy tym praw osób trzecich, nie sposób wywieść, że oferta Engave w tym zakresie jest niegodna ze specyfikacją. Engave złożył stosowne oświadczenie w tym zakresie, a zatem nie ma istotnego znaczenia, czy otrzymał ofertę od IBM czy też dopiero zamierza ją otrzymać lub też skorzystać z potencjału innego podmiotu w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę brak stosownych uregulowań w siwz w kwestii współpracy z IBM, a jedynie wskazanie, że wykonawca ma zrealizować przedmiot zamówienia nie naruszając przy tym praw osób trzecich oraz treść oferty Engave, Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty Engave z treścią siwz. Izba uznała za bezużyteczne dla rozpoznawanej kwestii uznała pismo IBM Polska datowane na dzień 15 lutego 2013 r.

Zatem w omawianym przypadku zdaniem Izby nie można mówić o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Następnie Izba rozpoznała zarzut niewykazania spełnia przez Engave warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji zaniechania wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba uznała zgłoszony zarzut za niezasadny.

Podobnie jak Asseco, tak również Qumak kwestionował prawidłowość dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie wykonanych usług, wystawionego przez Narodowy Fundusz Zdrowia.

Izba prezentuje tożsamy pogląd jak w przypadku analogicznego zarzutu opisanego powyżej w odwołaniu Asseco. Dodatkowo jedynie dodaje, że brak daty czy też numeru dziennika nie może przesądzać o wadliwości tego dokumentu, co najwyżej może stanowić pewnego rodzaju uchybienie formalne, jednakże nie mające wpływu na merytoryczną treść pisma. Istotnym w zakresie rozpoznawanego zarzutu jest to, że wystawcą owego dokumentu jest zamawiający. Wobec tego bez trudności może on zweryfikować, czy zamówienie wskazane w wykazie wykonanych usług, które było wykonywane na jego rzecz zostało wykonane należycie. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do wzywania wykonawcy Engave do uzupełniania dokumentu referencyjnego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zatem stwierdzić należy, że zgłoszony zarzut nie potwierdził się.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut zaniechania wykluczenia Engave z powodu nieprawdziwych informacji i naruszenia uczciwej konkurencji. Po dokonaniu analizy zgłoszonego zarzutu Izba nie dostrzegła się w zachowaniu zamawiającego żadnych naruszeń przepisów Pzp.

Izba wskazuje, że powyższy zarzut Qumak oparł na kwestii realizacji przez Engave przedmiot zamówienia niezgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz oraz kwestii

wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do usługi zrealizowanej na rzecz zamawiającego.

Izba powyżej wypowiedziała się już co do zasadności owych zarzutów, uznając je za bezzasadne. W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła również sytuacji, w której Engave przekazałby nieprawdziwych informacji i naruszył zasadę uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Rozpoznaniu Izby podlegał również zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny odnoszący się do ceny zawartej w ofercie Engave. Izba po zbadaniu całości dokumentacji w sprawie, przedłożonych dowodów uznała zgłoszony zarzut za niezasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że w złożonej ofercie za wykonanie przedmiotu zamówienia Engave zaoferował cenę 12.490.500 zł brutto.

W toku postępowania zamawiający w formie pisemnej (pismo z dnia 1 lutego 2012 r.) wezwał Engave do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Engave w terminie wskazanym przez zamawiającego złożyła żądane wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją ceny zawierającą występujące składniki cenotwórcze, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W treści pisma wykonawca wyjaśniał, że „w pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedmiotowe postępowanie stanowi kontynuację umowy na usługi serwisowe, którą obecnie realizujemy dla Państwa (umowa nr 10/2011 z dnia 1.02.2011). Jest to szczególna okoliczność, która nie jest dostępna żadnemu innemu wykonawcy i która pozwoliła nam na przeprowadzenie bardzo rzetelnych kalkulacji i tym samym obniżenie ceny świadczonej usługi. Znajomość Państwa infrastruktury oraz jej awaryjności i aktualnego stanu technicznego pozwoliła nam na dokonanie bardzo precyzyjnych szacunków co do spodziewanej w (kolejnym okresie awaryjności). Te dokładne szacunki pozwoliły na przyjęcie do kalkulacji ceny bardzo precyzyjnych i realnych danych. Warto też podkreślić, że oferowana cena jest zbliżona do ceny jaką obecnie za jaką obecnie świadczymy dla Państwa te same usługi. Ponieważ usługi te świadczymy należycie to nie może być wątpliwości, co do tego, iż za tę cenę można zrealizować zamówienie zachowując wymagane standardy jakościowe. Nasza firma działa w sposób efektywny. Nieustannie doskonalimy naszą organizację i dążymy do obniżania kosztów działania zachowując najwyższą jakość usług. Fakt, że inni wykonawcy złożyli oferty opiewające na wyższe kwoty nie może być podstawą do twierdzenia, że nasza cena jest rażąco niska; jest to raczej wynik naszej konkurencyjności na rynku i doskonałej znajomości przedmiotu zamówienia. (...) Oferowana przez nas cena nie jest rażąco niska. Jest to cena realna, pozwalająca na należyte wykonanie zamówienia i jednocześnie zapewniająca godziwy zysk. Cena ta wynika z rzetelnej i realnej kalkulacji, którą załączamy. W załączeniu przedkładamy OBJĘTY TAJEMNICĄ PRZEDSIĘBIORSTWA wymagany wykaz składników cenotwórczych wraz

z objaśnieniami. Przedstawiona kalkulacja jednoznacznie potwierdza, że należyte, zgodne z oczekiwaną jakością, wykonanie przedmiotowego zamówienia za podaną cenę jest nie tylko możliwe ale także przynosi naszej firmie godziwy zysk. Tym samym nie można uznać, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską”.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła również:

- Pismo IBM z dnia 15 lutego 2013 r. skierowane do Qumak-Sekom w którym podano, że oferta IBM Polska na pakiet usług przesłana do autoryzowanego kanału partnerskiego IBM w dniu 30 stycznia 2013 r. stanowiła równowartość 11.180.00,00 PLN netto. Ponadto w piśmie wskazano, że IBM Polska nie przesyłała ofert częściowych dot. postępowania NFZ i wszyscy autoryzowani partnerzy handlowi otrzymali taką samą cenę i przesłana ona została tylko i wyłącznie do autoryzowanego kanału partnerskiego IBM.
- Pismo Qumak z dnia 22 lutego 2013 r. z prośbą o informację, czy Engave otrzymała od IBM Polska ofertę cenową dot. przedmiotowego postępowania wraz z odpowiedzią IBM Polska (pisma z dnia 27 lutego 2013 r.). W treści pism IBM Polska podał, że Engave mogła uzyskać ofertę na część usług objętych prowadzonym postępowaniem z kanału dystrybucyjnego IBM. Ponadto poinformowano, że IBM udzielił oferty na wsparcie oprogramowania (SWMA) dla części maszyn. Wartość tej oferty to 9.906.505,09 PLN netto za pierwszy rok obowiązywania. W przypadku wykupienia SWMA na okres 24 miesięcy cena wynosiłaby 13.298.814,06 PLN netto. W załączeniu do pisma przedstawiono tabele z wyceną SWMA dla postępowania prowadzonego przez NFZ. W kolejnym piśmie wskazano, że istnieje możliwość częściowego zakupu poszczególnych usług i podano odpowiednie ceny dla poszczególnych części.
- Pismo IBM Polska z dnia 28 lutego 2013 r. dotyczące gwarancji urządzeń podpisane przez Pana P..... R.....
- Pisma z dnia 8 marca 2013 r. podpisane przez członka zarządu Qumak potwierdzające prawdziwość informacji zawartych w pismach IBM opisanych powyżej podpisanych przez Pana W..... N....., D..... M..... oraz Pana P..... R.....

Izba wskazuje, że art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ustawy:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Jednak korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.

Wskazać należy, że czynność odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo zamawiający winien rozważyć czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a

obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Ocena, jakiej dokonuje zamawiający, a która może prowadzić do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, iż cena zawarta w ofercie jest ceną rażąco niską prowadzić powinna do wniosku, iż zaoferowana cena jest ceną, która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia a po stronie zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Jednakże nie należy zapominać, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności *„rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”*. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia sygn. akt.: KIO 1515/10).

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu, w ofercie wykonawcy Engave nie tylko nie została przez odwołującego wykazana, ale również nie wykazano żadnych okoliczności, które pozwalałyby powyższe domniemać.

W przedmiotowej sprawie zamawiający w formie pisemnej zwrócił się do Engave w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o wyjaśnienia dotyczące ceny przedstawionej w ofercie. Obowiązkowi temu uczynił zadość Engave składając obszerne wyjaśnienia w zakresie zagadnień żądanych przez zamawiającego, jak również wskazując konkretne czynniki, które miały wpływ na kalkulację ceny przedstawionej w złożonej ofercie. Za prawidłowe należy uznać stanowisko zamawiającego, który powyższe wyjaśnienia przyjął i uznał za wystarczające, ponieważ Engave w sposób wyczerpujący wskazywał zarówno w piśmie jak również w kalkulacji na szereg czynników warunkujących wartość ceny podanej w ofercie. W treści pisma wykonawca wskazał także na czynniki zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy, które wpłynęły na wysokość ceny w złożonej ofercie. Powyższe został szczegółowo przedstawione i wyliczone kalkulacji cenowej załączonej do wyjaśnień

Nie sposób również pominąć wywodów Engave, który zarówno w złożonych wyjaśnieniach jak również na rozprawie podnosił, że jednym z powodów niskiego poziomu oferowanych przez niego w ofercie cen jest związany z tym, że przedmiotowe postępowanie stanowi kontynuację umowy na usługi serwisowe, którą obecnie Engave realizuje na rzecz zamawiającego. Zgodzić się należy z Engave, że jest to szczególna okoliczność, która nie jest dostępna żadnemu innemu wykonawcy i która pozwoliła właśnie temu wykonawcy na sporządzenie optymalnych kalkulacji i tym samym obniżenie ceny

świadczonej usługi. Znajomość infrastruktury oraz jej awaryjności i aktualnego stanu technicznego umożliwiła Engave dokonanie bardzo precyzyjnych obliczeń, które niewątpliwie miał wpływ na korzystność ceny zaoferowanych przez wykonawcę.

Jednakże, Izba zwraca uwagę, iż badaniu w zakresie kwestii rażąco niskiej ceny podlega cena oferty a nie poszczególne składniki tejże ceny, jest to pogląd ugruntowany w orzecznictwie od lat. Odnoszenie się do poszczególnych cen jednostkowych czy wyodrębnionych elementów nie wskazuje na cenę oferty. Konieczność odnoszenia się do ceny oferty wynika z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy jaki nakłada sankcję wykluczenia wykonawców, których oferty będą złożone z rażąco niską ceną. Tym samym bez znaczenia pozostają wywody odnoszące się do poszczególnych składników cenotwórczych oferty złożonej przez Engave.

Izba nie podzieliła argumentacji Qumak, prezentowanej w odwołaniu i na rozprawie, który odwołując się do konieczności współpracy z IBM i jedynie z oferty przedstawionej przez tą firmę wywodził, że cena zaoferowana przez Engave jest ceną rażąco niską. W tym zakresie Izba zgodziła się z zamawiającym i przystępującym Engave, którzy zgodnie twierdzili, że odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodzenia w niniejszej sprawie, nie udowodnił, aby cena podana w ofercie Engave miała charakter ceny rażąco niskiej, za którą nie sposób wykonać w sposób prawidłowy zamówienia.

Izba stwierdziła, że informacje podane w pismach firmy IBM nie są spójne a wyliczenie kosztów przedstawione w załączniku do pisma IBM z dnia 27 lutego 2013 r. nie mogą być uznane za miarodajne dla rozstrzygnięcia omawianej kwestii. Przede wszystkim wskazać należy, że wyliczenie zawiera urządzenia, które nie zostały objęte przedmiotem postępowania, np. (wiersz pierwszy tabeli), a ponadto kalkulacja zwiera w stosunku do których nie będzie miała zastosowania pełna odpłatność zawarta w kolumnie „cena netto za klienta końcowego roczna”. Odnosząc się zaś do konieczności dokonywania opłat dodatkowych w przypadku przerwy w serwisie oprogramowania firmy IBM Izba stwierdziła, że zgodnie z odpowiedzią na pytania wykonawców (pismo z dnia 8 stycznia 2013 r.) na dzień składania ofert odnowienie umowy SWMA miało odbyć się bez dodatkowych opłat. Tym samym argumentację Qumak w tym zakresie należy uznać za chybioną.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że oferta wykonawcy Engave nie podlega odrzuceniu z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę. Zatem zachowanie zamawiającego w tym zakresie Izba uznała za prawidłowe.

Kolejny zarzut, który podlegał rozpoznaniu przez Izbę, jest związany z naruszeniem art. 8 ustawy poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które nie mają takiego charakteru i zaniechanie ujawnienia tych informacji. Zarzut odnosił się objęcia tajemnicą przez Asseco opinii bankowej, natomiast wykonawca Engave – wyjaśnienia złożone zamawiającemu w zakresie kalkulacji ceny.

Z ustaleń Izby wynika, że Asseco do złożonej oferty załączył opinię banku (str. 41 oferty), w której na konkretny dzień określono wysokość środków finansowych na rachunku bankowym oraz wskazano wielkość przyznanej linii kredytowej a także podano informację o limicie wykorzystania tej linii. Z treści oferty wynika wprost, że powyższa opinia jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła również wydruk raportu kwartalnego Grupy Asseco za okres 9 miesięcy zakończony dnia 30 września 2012 r. przedłożony przez Qumak w toku

rozprawy.

Izba wskazuje, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania, aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. W doktrynie uznaje się, że jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątplenia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a jej wyłączenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090) (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarsz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115).

Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone. Należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, a contrario dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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.

Podkreślić należy, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią 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.

W orzecznictwie określa się (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się - zdaniem Sądu Najwyższego - że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona

tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż 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 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Zatem, 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.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro

wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Przekładając niniejsze rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że w badanym stanie faktycznym zostały spełnione przesłanki wymagane do uznania informacji banku związanej z sytuacją finansową Asseco za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby informacja banku o wysokość środków finansowych na rachunku bankowym oraz zdolności kredytowej wykonawcy bez wątplenia może posiadać określoną wartość gospodarczą dla konkretnego wykonawcy, gdyż obrazuje zdolności finansowe danego podmiotu, jego możliwości angażowania się w różnorodne przedsięwzięcia oraz zdolność do udziału w określonych postępowaniach o zamówienie publiczne.

Niewątpliwie tego rodzaju informacje nie są podawane do publicznej wiadomości i są objęte tajemnicą bankową. Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej został sformułowany przez ustawodawcę w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zmianami). Zgodnie z treścią przepisu art. 104 ust. 1 Prawa bankowego obowiązek zachowania tajemnicy bankowej dotyczy banków, osób w nim zatrudnionych oraz osób, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe. Dyskrecja polega na obowiązku zachowania w tajemnicy informacji dotyczących czynności bankowych i osób będących stroną umowy z bankiem, uzyskanych w czasie negocjacji oraz związanych z zawarciem umowy z bankiem i jej realizacją, z wyjątkiem wiadomości, bez których ujawnienia nie jest możliwe należyte wykonanie zawartej przez bank umowy. Tajemnicą bankową objęte są także informacje dotyczące osób, które, nie będąc stroną umowy dokonały czynności pozostających w związku z zawarciem takiej umowy. Obowiązek objęcia informacji tajemnicą bankową istnieje od chwili rozpoczęcia negocjacji z bankiem i przekazania bankowi przez klienta pierwszych informacji aż do czasu zakończenia okresu przechowywania przez bank tych informacji w każdej formie, w tym również elektronicznej. Jest to okres znacznie dłuższy niż okres obowiązywania umowy zawartej z bankiem. Za bezprawne ujawnienie tajemnicy bankowej bank ponosi odpowiedzialność cywilną i karną.

Odnosząc się zaś do argumentacji Qumak opierającej się na tym, że - zgodnie z ustawą z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 lutego 2009 r. - Asseco jest zobligowana do informowania o swojej sytuacji finansowej, Izba stwierdziła, że prezentowana argumentacja jest nietrafna. Qumak podnosił, że z powyższym sprawozdaniu kwartalnym (str. 45) wskazano stan gotówki w kasie i na lokatach oraz informacje dotyczące kredytów, w szczególności warunki na jakich kredyty zostały udzielone spółce. Izba zwraca uwagę, że w opisanym powyżej raporcie informacje o sytuacji finansowej spółki mają charakter ogólny, podczas gdy opinia bankowa zawiera co prawda tego rodzaju informacje, jednakże są one szczegółowe i precyzują wysokość środków pieniężnych oraz możliwości kredytowe spółki na dany dzień. Zatem biorąc pod uwagę powyższe rozważania stwierdzić należy, że informacja banku nie posiada charakteru informacji powszechnie dostępnej. Tym samym Izba uznała, że w przedmiotowym przypadku zaistniały wszystkie przesłanki niezbędne do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji

zawartych w opinii bankowej przedstawionej przez Asseco. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 8 Pzp nie potwierdził się.

Powyższe rozważania Izby pozostają także aktualne w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Engave w kwestii kalkulacji ceny. Powyższa wycena została sporządzona przez wykonawcę na potrzeby prowadzonego postępowania i bez wątplenia posiada dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą, gdyż podano w niej szczegółowo koszty poszczególnych elementów składających się na całość ceny zaoferowanej w ofercie. Ponadto wykonawca zarówno w złożonych wyjaśnieniach jak również w piśmie z dnia 4 lutego 2013 r. wprost wskazał, że informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nigdy nie zostały ujawnione. Tym samym Izba kierując się powyższymi ustaleniami zestawionymi z argumentacją przedstawioną powyżej stwierdziła, że również w odniesieniu do wyjaśnień Engave zarzut naruszenia art. 8 Pzp należy uznać za niepotwierdzony.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut zaniechania wezwania Asseco w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia referencji wydanej przez Prezesa NFZ (opatrzoną datą 6 grudnia 2010 r.) i/lub zaniechania wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień.

Izba ustaliła, że Asseco wraz z ofertą złożył referencję wydaną przez Prezesa NFZ opatrzoną datą 6 grudnia 2010 r. w której stwierdzono, że Asseco realizuje na rzecz NFZ usługi serwisowe serwerów bazodanowych i5 wraz z osprzętem na podstawie umowy zawartej w dniu 22 grudnia 2008 r. Świadczenie usług serwisowych obejmuje okres od dnia 23 grudnia 2008 r. do dnia 31 grudnia 2010 r. Do dnia 2 grudnia 2010 r. wartość zrealizowanych ww. usług przekroczyła 10.000.000,00 zł netto. Ponadto podano, że firma Asseco wykonała ww. usługi z należytą starannością.

W toku rozprawy Asseco złożył umowę 151/08 z dnia 22 grudnia 2008 r. odnoszącą się do usług kwestionowanych przez Qumak. W § 3 ust. 2 pkt 3 wskazano całkowite wynagrodzenie brutto (za usługi do dnia 31.12.2010 r.) - 12.798.288,00 zł. Ponadto w treści umowy ustalono miesięczne opłaty za wykonywanie usług serwisowych.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że referencja przedstawiona przez Asseco jest prawidłowa i wystarczająca, aby potwierdzić należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie. Bez wątplenia z treści powyższego dokumentu jednoznacznie wynika, że do dnia 6 grudnia 2010 r. świadczona przez Asseco usługa osiągnęła wymagany pułap 3.500.000,00 zł i była wykonywana z należytą starannością.

Wobec tego Izba uznała, że brak jest podstaw do wzywania Asseco do uzupełniania dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp a także wszczynania procedury wyjaśniającej w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Tym samym zarzuty Qumak w omawianym zakresie Izba uznała za chybione.

Podsumowując, Izba po rozpoznaniu odwołania nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 5, art. 90 ust. 3 Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba również nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że prowadzone postępowanie winno być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, z uwagi na to, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust.4 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 (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....