

WYROK

z dnia 29 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2018 r. i 24 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **NTT System S.A., ul. Trakt Brzeski 89, 05-077 Zakręt oraz Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02-862 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **IBM Polska Sp. z o.o., ul. Krakowiaków 32, 02-255 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **NTT System S.A., ul. Trakt Brzeski 89, 05-077 Zakręt oraz Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02-862 Warszawa,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **NTT System S.A., ul. Trakt Brzeski 89, 05-077 Zakręt oraz Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02-862 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **NTT System S.A., ul. Trakt Brzeski 89, 05-077 Zakręt oraz Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02-862 Warszawa**, na rzecz zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1993/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług ciągłości działania dla środowiska systemowego Mainframe”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 marca 2018 r., nr 2018/S 053-117548. Pismem z dnia 19 września 2018 r. zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o.

W dniu 1 października 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: NTT System S.A., ul. Trakt Brzeski 89, 05-077 Zakręt oraz Centrum Udostępniania Dokumentów Sp. z o.o., ul. Farbiarska 7A, 02-862 Warszawa, (dalej: „NTT” lub „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2, pkt 3, pkt 4, pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 albo pkt 17 ustawy Pzp,

- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
- 4) art. 8 ustawy Pzp,
- 5) art. 9 ust. 2 ustawy Pzp.

W szczególności odwołujący zakwestionował wybór jako najkorzystniejszej oferty IBM Polska Sp. z o.o. i podniósł następujące kwestie:

I. Tajemnica przedsiębiorstwa

„Odwołujący ma podstawy by sądzić, iż IBM powołał się na usługi oraz dostawy świadczone na rzecz PKO BP S.A, i że dokumenty te zostały utajnione z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa. PKO BP S.A. jest podmiotem podlegającym ustawie o dostępie do informacji publicznej i informacja o usługach świadczonych na rzecz tego Banku nie może być utajniona”.

II. Rażąco niska cena

1. „Oferta IBM zawiera rażąco niską cenę, a zatem powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 Pzp.
2. W styczniu 2018r. Zamawiający zawarł z IBM umowę o podobnym, nieco mniejszym zakresie jak przedmiot zamówienia zdefiniowany w niniejszym Postępowaniu.
 - a. Jak już wspomniano, zakres obowiązków wykonawcy wybranego w toku Postępowania będzie większy, większe są ryzyka i też kary umowne.
 - b. Dla ustalenia „wspólnego mianownika” obu cen IBM (tj. ze stycznia i z czerwca br.) należy przyjąć stawki miesięczne za „całą” usługę.
 - IBM w umowie z 2 stycznia 2018r. zawartej z ZUS wycenił swą usługę na 1.243.902,- zł + VAT miesięcznie.
 - IBM w czerwcu 2018r. podobną usługę o nieco większym zakresie wycenił na 600,000,- zł + VAT miesięcznie.
 - c. Podobnie rzecz się ma ze wskazaną stawką godzinową:
 - Na potrzeby Postępowania stawka godzinowa została określona na 500,- zł + VAT, w tym samym czasie dla zamawiającego publicznego innego niż ZUS stawka godzinowa wynosi 2.500,- zł - okoliczność ta udowadnia, że cena jest rażąco niska, ale jednocześnie potwierdza słuszność zarzutu nieuczciwej konkurencji.
 - Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia usługa ma być świadczona 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu (system 24/7). W ofercie wskazana jest stawka godzinowa 500 zł (osobogodzina). Przyjmując, iż miesiąc to 30 dni otrzymujemy 720 godzin pracy w miesiącu (przez cały czas przynajmniej jeden administrator musi być dostępny dla realizacji umowy, w praktyce musi być więcej osób z takimi kwalifikacjami), czyli otrzymujemy wynik 720h x

500zł = 360.000 zł.

- SIWZ wskazuje, iż w siedzibie ZUS muszą być stale dwie osoby przez 11 godzin dziennie, co daje dodatkowo 126.650,- zł - wynika to z przemnożenia 11 godzin/dziennie x 23 dni (przyjęto w dni robocze), czyli otrzymujemy 253 osobogodziny x 500,- zł (stawka godzinowa) = 126.500 zł
- d. IBM wskazał w ofercie, iż w zakresie systemu ADABAS administratorzy zostali „udostępnieni” przez osoby trzecie.
- Jeden administrator jest „udostępniony” przez firmę brytyjską a dwóch administratorów IBM pozyskał z rynku krajowego.
 - Odwołujący zna bardzo dobrze polski rynek usług mainframe i z dużym stopniem prawdopodobieństwa jest w stanie wytypować kogo wskazał IBM dla świadczenia usługi dla ZUS. Odwołujący przypuszcza, iż żaden z polskich administratorów nie mieszka na stałe w Warszawie, co ma znaczny wpływ na koszty i możliwość wykonania usługi. Odwołujący przypuszcza, iż jeden z nich pochodzi z Opola i na stałe pracuje we Wrocławiu a drugi mieszka w Stalowej Woli.
 - Zatrudnienie tych specjalistów to koszt wyższy niż podane przez IBM 500,- zł a przynajmniej jeden z nich musi być „dostępny w systemie 7/24, co podnosi koszt zatrudnienia o co najmniej 100,-zł na godzinę - skoro w miesiącu jest 720 godzin, to koszt dodatkowy wyniesie nie mniej niż 72.000,- zł.
- e. Administratorzy CICS także generują dodatkowe koszty (analogicznie jak w przypadku ADABAS), które można oszacować analogicznie jak wyżej na 72.000,- zł miesięcznie.
- f. Podsumowując koszty te to co najmniej 630.500,- zł.
3. Jak widać samo proste porównanie wykazuje, iż koszty są faktycznie wyższe co wskazuje na rażąco niską cenę w ofercie IBM. W analizie szczegółowej należałoby wykazać koszty i zyski pięciu spółek zaangażowanych przez IBM w Postępowanie a z których każda ma inne koszty ogólne, inną politykę kosztową, kadrową, działa w różnym otoczeniu biznesowym. Mowa tu o:
- a. IBM Polska,
 - b. IBM UK
 - c. IBM Global Services,
 - d. IBM Poland Services,
 - e. Manpower sp. z o.o.
4. Odnosząc się do wcześniejszych argumentów, nie ma jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż koszt wykonania usługi pomiędzy styczniem a czerwcem 2018r. spadł o 50%. Wszystkie uwarunkowania rynkowe w zakresie kosztów w ciągu

ostatnich kilku miesięcy nie spadły, co dowodzi, że cena zaproponowana przez IBM jest rażąco niska. Co więcej zaangażowanie pięciu firm na potrzeby realizacji zamówienia generuje koszty i na pewno ich nie obniża.

5. Dodatkowo należy wskazać, iż IBM był wzywany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Trudno wyobrazić sobie argumenty, które mogą racjonalnie wskazać na brak przesłanki do odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny. W okolicznościach niniejszej sprawy, oferta winna być odrzucona na podstawie art 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.
6. W tych okolicznościach złożenie oferty przez IBM i jej treść (co do ceny i sposobu wykonania oraz spełnienia warunków udziału w Postępowaniu) należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji”.

III. Wykluczenie IBM z powodu polisy

- a. „IBM nie wykazał, iż polisa obejmuje swoim działaniem terytorium Rzeczypospolitej.
- b. IBM nie wykazał, iż jest objęty ochroną ubezpieczeniową wynikającą z tej polisy.

- Co do zasady podmiotem ubezpieczonym jest IBM World Trade - IBM nie wykazał, iż rozszerzenia zawarte w polisie obejmują IBM Polska sp. z o.o. w związku z Postępowaniem i realizacją zamówienia,
- Ubezpieczenie obejmuje wszystkie działalności IBM World Trade, wymóg SIWZ dotyczył ubezpieczenie „działalności związanej z przedmiotem zamówienia” - czyli szeroko rozumianych usług specjalistycznych i na pewno nie jest to tożsame z produkcją sprzętu czy oprogramowania.

- c. IBM nie wykazał, iż faktycznie suma gwarancyjna wynosi 20.000.000,- zł.
 - Z treści polisy wynika, iż obejmuje ona wiele podmiotów a zatem wypłata odszkodowania mogła mieć miejsce co obniżyłoby sumę gwarancyjną,
 - Innymi słowy wskazane limity mogły zostać zmniejszone o kwotę wypłaconych odszkodowań.
- d. Polisa jest sporządzona w języku obcym - IBM przedstawił tłumaczenie, które jest wadliwe, gdyż nie oddaje wiernie treści polisy.
- e. Polisa wystawiona jest na wzorcowych drukach ubezpieczeniowych firmy ACORD. Przedstawiona polisa nie jest zgodna z drukami ACORD publicznie dostępnymi w internecie:

<http://www.acords.com/ACORD%20Forms/101.pdf>”.

IV. Wykluczenie IBM z powodu niewykazania zdolności technicznej.

„Wskazane przez IBM umowy nie mogą być uznane za dowodzące spełnienia warunków opisanych w SIWZ, gdyż:

- a. IBM powołał się na umowę, gdzie większą część wynagrodzenia stanowiła opłata licencyjna za prawo do korzystania z programu komputerowego, nie została wykazana wartość świadczonej usługi.
 - b. IBM powołał się na umowy, które nie obejmują usługi „utrzymania systemu informatycznego” a umowy te dotyczą usługi „wsparcia” - czyli doraźnego działania w razie problemu na wezwanie.
 - c. Umowa mająca wykazać dostępności systemu na poziomie co najmniej 99% nie jest umową na utrzymanie systemu z zapewnieniem takiej dostępności a umową na udzielenie licencji na program komputerowy, która umożliwia zapewnienie takiej dostępności”.
- V. Wadliwa punktacja oferty odwołującego w zakresie potencjału kadrowego
- „Z analizy protokołu postępowania wynika, iż Odwołujący nie otrzymał punktów za usługi potwierdzone referencją na stronie 205 oferty (informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa - informacja została zastrzeżona w ofercie).
- a. ZUS powinien przyznać maksymalną ilość punktów za te usługi.
 - b. Osoby wskazane przez Odwołującego mają doświadczenia w zakresie opisanym przez Zamawiającego - co zostało wykazane w sposób zgodny z postanowieniami pkt 7.3.4. SIWZ i Pzp.
 - c. Odwołujący spełnił wszystkie wymagania o charakterze formalnym koniecznym do uzyskania punktów w tym kryterium i zaniechanie Zamawiającego jest w tym przypadku szczególnie dotkliwe dla Odwołującego”.
- VI. Wadliwa punktacja oferty IBM w zakresie potencjału kadrowego
- „Z analizy protokołu postępowania i oferty IBM wynika, iż punktacja dla IBM została zawyżona w tym kryterium.
- a. Umowy, na które wskazał IBM nie obejmowały administrowania a jedynie wsparcie - zakres świadczonej usługi był inny niż zakres za który przyznawano punkty. Z treści wskazanych umów wynika, że ich przedmiotem nie były usługi administrowania.
 - b. ZUS wadliwie ustalił punktowany okres doświadczenia zawodowego.
 - c. IBM wadliwie udokumentował doświadczenie personelu dla zasobów udostępnionych przez podmioty trzecie - w ofercie brak (wedle wiedzy Odwołującego) dokumentów wskazanych w pkt 7.3.4. SIWZ - dokumenty te nie podlegają uzupełnieniu. W ocenie Odwołującego dla tych osób powinno być przyznane po 0 pkt”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. ujawnienia dokumentów niezasadnie utajnionych ze względu na rzekomą tajemnicę

przedsiębiorstwa, tj. wszystkich dokumentów odnoszących się lub wytworzonych przez PKO BP S.A.,

3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. wykluczenia z postępowania IBM i odrzucenia oferty IBM,
5. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

Pismami z dnia 4 października 2018 r.:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia oraz Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 21, 35-322 Rzeszów zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (dalej: „przystępujący Asseco”),
- 2) wykonawca IBM Polska Sp. z o.o., ul. Krakowiaków 32, 02-255 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej: „przystępujący IBM”).

Pismem z dnia 12 października 2018 r. przystępujący Asseco wycofał swoje przystąpienie.

Izba stwierdziła, że przystąpienie wykonawcy IBM zostało dokonane skutecznie.

W dniu 15 października 2018 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wskazał w szczególności: „Należy podkreślić, iż PKO ze względu na strukturę własnościową jest podmiotem podlegającym ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jednolity z dnia 29 czerwca 2018 r. Dz.U. z2018r.poz. 1330-dalej: „udip”). W uproszczeniu, obowiązek stosowania udip przez PKO wynika z faktu, iż jednym akcjonariuszy jest Skarb Państwa, który posiada niemal 30% akcji (źródło: <http://www.nrsp.gov.pl/pl/media/aktualnosci/30370,Skarb-Panstwa-dokanitalizowal-BGK-na-potrzeby-Inwestycji-Polskich.html>). W konsekwencji PKO gospodaruje majątkiem Skarbu Państwa a zatem PKO gospodaruje majątkiem Skarbu Państwa. Tym samym, zgodnie z art. 2 ust. 1 udip każdemu przysługuje prawo do tej informacji publicznej - ustawa ta precyzuje i zapewnia realizację wyrażonego w art. 61 ust. 1 prawa „...do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa.” Tym samym, skoro prawo zapewnia jawność informacji w zakresie działania PKO, to nawet jeśli w umowie zawartej z IBM istnieją klauzule o zachowaniu jej w poufności, to jako sprzeczne z prawem nie mogą być egzekwowane. Warto dodać, iż już w

2008r. Sąd powszechny przesądził o tym, iż PKO ma obowiązek udostępniać dokumenty zawierające informacje publiczne. (...)

Odwołujący podtrzymuje swoje twierdzenia wyrażone w odwołaniu. Oferta IBM zawiera rażąco niską cenę, a zatem powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 Pzp. (...)

IBM złożył dokument opisany jako: Certificate ofliability Insurance datowany na 15 maja 2016r. - dalej: „Certyfikat”. Co zostało przetłumaczone jako Zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej. Tłumaczenie Certyfikatu jest wadliwe. (...) Wadliwe tłumaczenie wywołuje skutek w postaci co najmniej naruszenie § 16 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) - zgodnie z którym dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski. Skoro tłumaczenie jest wadliwe, to uznać należy, iż warunek nie został wykazany. Certyfikat stanowi, iż został wystawiony jedynie do celów informacyjnych i nie skutkuje nadaniem żadnych praw jego posiadaczowi. Certyfikat wskazuje posiadacza (ang. certificate holder) - posiadaczem Certyfikatu jest IBM Polska sp. z o.o. Tym samym z treści Certyfikatu wynika, iż IBM nie może wywodzić jakichkolwiek praw z Certyfikatu. IBM w tłumaczeniu użył określenia właściciel zaświadczenia. Data wystawienia certyfikatu oznaczona w górnym prawym rogu to 15 maja 2016r.

a. Na drugiej stronie Certyfikatu poinformowano, iż „data wejścia w życie” jest „różna (zobacz poprzednia strona)”

b. Na tej poprzedniej stronie, czyli na stronie pierwszej Certyfikatu wskazano dla ubezpieczenia obejmującego - wedle Certyfikatu - Ogólną odpowiedzialność związaną z prowadzeniem działalności - datę wejścia w życie polisy 21 maj 2018r.

Nie ma wątpliwości, iż Certyfikat wskazuje ubezpieczonego. Ubezpieczonym jest International Business Machines Corp. z siedzibą w Armonk w USA oraz spółki, w których posiada większościowy udział lub które są kontrolowane przez Ubezpieczonego.

a. IBM Polska sp. z o.o. jest spółką kapitałową prawa polskiego a zatem ma wszelkie atrybuty osoby prawnej.

b. Z KRS - w aktach sprawy - a w szczególności z wpisów w Rubryce 7 i Rubryce 8 wynika iż:

- IBM Polska sp. z o.o. powstał w 1991r.
- Jedynym udziałowcem jest IBM Central And Eastern Europe B.Y.
- IBM Central And Eastern Europe B.V. posiada wszystkie udziały IBM Polska sp. z o.o.

c. Z KRS nie wynika aby International Business Machines Corp. z siedzibą w Armonk w

USA miał większościowy udział w IBM Polska sp. z o.o. lub żeby kontrolował IBM Polska sp. z o.o. a zatem IBM Polska nie jest objęty ubezpieczeniem wskazanym w Certyfikacie.

(...) Certyfikat, zawiera informację wyróżnioną jako „ważną” (ang. important) - wskazującą jednoznacznie, że w przypadku, gdy posiadacz Certyfikatu jest dodatkowym ubezpieczonym, polisa m.in. musi zawierać stosowne potwierdzenia (czyli wskazywać dodatkowo ubezpieczonego), gdyż Certyfikat nie przekazuje posiadaczowi certyfikatu żadnych praw. IBM nie przedstawił polisy zawierającej takich potwierdzeń, a zatem nie wykazał, iż polisa wystawiona na International Business Machines Corp. dotyczy także IBM Polska sp. z o.o. Certyfikat, zawiera wprawdzie oświadczenie (druga strona), iż IBM jest wymieniony jako dodatkowy ubezpieczony polisie ubezpieczenia ogólnego (Commercial General Liability Insurance Policy) wystawionej w Stanach Zjednoczonych, ale wyłącznie w zakresie przysługujących im praw (to the extent the interests may appear). Wskazane jest zatem ograniczenie odpowiedzialności ubezpieczyciela, czego SIWZ nie dopuszczała. Wskazać też należy, iż jest to tzw. klauzula ATIMA powszechna w krajach anglosaskich i praktycznie niestosowana w systemie prawa kontynentalnego. Jej istota polega na tym, że ochrona ubezpieczeniowa przysługuje dodatkowo ubezpieczonym jeżeli odpowiedzialność pojawiła się w związku z działaniami ubezpieczonego. Innymi słowy International Business Machines Corp. musiałby uczestniczyć w realizacji zamówienia, a skoro nie uczestniczy to IBM nie może się skutecznie powoływać na to ubezpieczenie. (...)

IBM powołał się na umowę z 30 grudnia 2013r zawartą z Ministerstwem Sprawiedliwości - Iwia część ceny przypada na opłaty licencyjne. (...) Z treści umowy wynika, iż przedmiotem świadczenia nie jest utrzymanie systemu - można jedynie mówić o wsparciu, gdyż specjaliści reagują dopiero „na wezwanie” i nie odpowiadają za utratę danych. Na marginesie warto zauważyć, iż skoro IBM miał obsługiwać zgłoszenia i problemy programu (tak pkt IV strona 16) to jest to klasyczne usuwanie wad - tak jak to się dziełoby w przypadku gwarancji jakości. (...) Nie można też ustalić jaka była wartość usług - MS kupił 880 godzin usługi ale nie jest wiadomym ile godzin zostało wykorzystanych i nie jest wiadomym jak była wartość tej usługi - nie jest ona oddzielnie wyceniona. (...) IBM powołuje się też na umowę zawartą z ZUS 31 grudnia 2014r. nr ZUS 8000049268 IBM: P20003S. Przedmiotem umowy było dostarczenie licencji wraz ze wsparciem (a nie utrzymaniem). (...) Także w tym przypadku przedmiotem świadczenia nie jest utrzymanie systemu, nie można w ogóle wykazać, iż IBM zapewnił dostępność do systemu na poziomie co najmniej 99% i nie można wykazać wartości tej usługi. (...)

Pismem z dnia 15 października 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł w szczególności, że zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ustawy Pzp

(tajemnica przedsiębiorstwa) jest spóźniony, natomiast zarzut dotyczący art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest przedwczesny, ponieważ zamawiający w niniejszym postępowaniu nie korzystał jeszcze z możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto odnosząc się do kwestii rażąco niskiej ceny zamawiający stwierdził, co następuje: „W kwestii przywołanej przez Odwołującego umowy z 2 stycznia 2018 r. nr 1063769(ZUS) / P2S003S (IBM) - dalej „Umowa”, należy w pierwszej kolejności przedstawić okoliczności, w jakich została ona zawarta. W 2017 r. Zamawiający przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na Udzielenie uprawnień licencyjnych do oprogramowania systemowego środowiska Mainframe oraz świadczenie usług wsparcia (nr referencyjny: TZ/271/75/17) - zamieszczając ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym UE, nr 2017/S 211-437782. Elementem tego postępowania było świadczenie Usług Ciągłości Działania. W wyznaczonym terminie składania ofert nie wpłynęła żadna oferta. W związku z powyższym Zamawiający zobligowany był do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Po unieważnieniu postępowania oznaczonego nr TZ/271/75/17, Zamawiający w dniu 22 grudnia 2017 r. wszczął postępowanie w trybie wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp pn.: „Udzielenie uprawnień licencyjnych na oprogramowanie systemowe środowiska Mainframe oraz świadczenie Usług Wsparcia, Usług Ciągłości Działania i Usług Dodatkowych”, oznaczone nr referencyjnym: TZ/271/91/17. Negocjacje prowadzone w trybie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z Wykonawcą IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nie doprowadziły do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji pierwotne postępowanie, które było prowadzone wcześniej w trybie przetargu nieograniczonego, a następnie w trybie wolnej ręki musiało zostać „podzielone”, tak żeby Zamawiający nie został z dniem 1 stycznia 2018 r. pozbawiony Usług Ciągłości Działania. Powodem podziału ww. zamówienia była podstawa prawna do zawarcia umowy na Usługi Ciągłości Działania w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a pozostałych uprawnień licencyjnych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający z końcem roku 2017 r., kiedy miały miejsce negocjacje, stanął przed koniecznością udzielenia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamówienia w zakresie tych elementów, które składały się na Usługę Ciągłości Działania. Powyższe okoliczności powodują, że cena zaoferowana wówczas przez IBM Polska, a cena podana w obecnym Postępowaniu, nie mogą być ze sobą porównywane. Różnica pomiędzy tymi cenami w żaden sposób nie może też świadczyć o rażącym zaniżeniu ceny oferty złożonej w obecnym Postępowaniu. Już sam fakt zawierania Umowy w trybie wolnej ręki, gdzie IBM Polska nie musiał mierzyć się z konkurencją, jak również sytuacja, w której znalazł się wówczas Zamawiający, który w ostatnich dniach 2017 r. musiał doprowadzić negocjacje do pozytywnego końca, dawała IBM Polska silniejszą pozycję w zakresie wyceny zamawianych usług. Odwołujący pomija

również fakt, że Umowa została pierwotnie zawarta na bardzo krótki okres tj. okres 3 miesięcy. Oczywistym jest, że wycena usług na okres 3 miesięcy może być wyższa niż wycena usług, które w tym Postępowaniu mają być świadczone przez okres 36 miesięcy. W konsekwencji porównywanie ceny z Umowy, z ceną oferty złożonej w diametralnie odmiennych okolicznościach, w szczególności w Postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym, nie stanowi podstawy do wniosku, że obecnie zaoferowana cena jest nierynkowa oraz, że nie jest możliwe za tą cenę należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący pomija także to, że z uwagi na czas trwania Postępowania w 2018 r., Umowa musiała być dwukrotnie aneksowana. Pierwotna cena za jeden miesiąc świadczenia Usług Ciągłości Działania, tj. wskazywana przez Odwołującego kwota 1.243.902,44 zł netto, została aneksem z dnia 28 marca 2018 r., zawartym na 4 miesiące, obniżona do kwoty 955.284,55 zł netto, zaś aneksem z dnia 25 lipca 2018 r., zawartym na kolejne 4 miesiące, obniżona do kwoty 606.160,00 zł netto. Obecnie obowiązująca cena z Umowy, na którą powołuje się Odwołujący jest tożsama z ceną zaoferowaną w Postępowaniu. Potwierdza to dodatkowo realność ceny oferty, gdyż za tą samą cenę usługi są już faktycznie realizowane na rzecz Zamawiającego i jest to wykonywane w sposób należyty. (...)

Bezpodstawne, a co najmniej niezrozumiałe jest twierdzenie, że „na potrzeby Postępowania stawka godzinowa została określona na 500 zł + VAT”. Nie wiadomo, z czego Odwołujący wywodzi, że stawka godzinowa w ofercie IBM Polska dla wszystkich usług wynosi 500 zł + VAT. Jest to własne założenie Odwołującego przyjęte dla z góry przyjętej tezy o rażąco niskiej cenie. Na wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu umowy składa się wynagrodzenie za Usługi Ciągłości Działania, dalej „UCD” oraz wynagrodzenie za Usługi Dodatkowe, dalej „UD”. Rozróżnienie to jest istotne, gdyż są to odrębne rodzaje usług, dla których Zamawiający przewidział odmienne zasady rozliczania. (...) W ramach wynagrodzenia za UCD Zamawiający w ogóle nie wymagał wyceny za jedną godzinę świadczenia usług. W ramach UCD Zamawiający zamawia usługę, a nie ilość godzin pracy i konsekwentnie płaci za efekt w postaci zapewnienia dostępności metryk oraz zachowanie wymaganego poziomu dostępności 99,6% (SLA). W ramach UCD Zamawiający nie płaci więc za liczbę roboczogodzin. Widoczna jest w tym zakresie pierwsza manipulacja Odwołującego, który dla kwestionowania wyceny UCD przyjmuje rozliczenie godzinowe, które w ogóle nie odnosi się do UCD, w tym przyjmuje dowolnie liczbę godzin, tj. 720. Przywoływana przez Odwołującego stawka 500 zł + VAT za jedną roboczogodzinę widnieje w ofercie IBM Polska w wycenie Usług Dodatkowych. Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do Umowy (OPZ), w okresie 36 miesięcy trwania umowy, łączny czas świadczenia UD wynosi maksymalnie 1 200 roboczogodzin. Stosownie do pkt 5.3. Wzoru umowy, wynagrodzenie za UD naliczane będzie w oparciu o liczbę faktycznie przepracowanych roboczogodzin w ramach zleconych i odebranych przez Zamawiającego UD. Jedynie względem UD

Zamawiający wymagał wyceny roboczogodziny, podając przy tym konkretną ich liczbę, która może zostać wykorzystana przez okres 36 miesięcy. Widoczna jest w tym zakresie kolejna manipulacja Odwołującego, który stawkę godzinową za Usługi Dodatkowe przekłada na Usługi Ciągłości Działania. Niezależnie od błędu, przyjmowanych przez Odwołującego, założeń służących wyliczeniom przedstawianym w odwołaniu, Zamawiający wskazuje, że Odwołujący wycenił Usługi Dodatkowe na kwotę 100 zł, a więc 5-cio krotnie niż IBM Polska. (...)

Nie można też pominąć faktu, że jedynym powodem wezwania IBM Polska do złożenia wyjaśnień była różnica ceny oferty względem szacunków Zamawiającego. Rozkład cen pomiędzy ofertami nie stanowił podstawy do wezwania. W Postępowaniu wpłynęły dwie oferty o zbliżonej cenie (IBM Polska i Konsorcjum Asseco Data Systems S.A., Asseco Poland), oferta Odwołującego z ceną lokującą się „po środku” oraz oferta Konsorcjum Defcom Sp. z o.o., Advatech Sp. z o.o. z ceną odbiegającą „w górę” od cen pozostałych ofert. Cena oferty IBM Polska odbiega od średniej cen wszystkich ofert jedynie o ok. 8,5%. (...)

Odnosząc się do kwestii polisy zamawiający stwierdził w szczególności: „Odwołujący myli posiadanie ubezpieczenia, jako warunek udziału w Postępowaniu, z ubezpieczeniem realizacji umowy. Dla potwierdzenia spełniania warunku z pkt 4.1.1.2 ppkt 3 SIWZ, Zamawiający nie wymagał, by w przypadku ubezpieczenia grupy wykonawca miał obowiązek wykazywania, że „rozszerzenie zawarte w polisie obejmuje IBM Polska sp. z o.o. w związku z Postępowaniem i realizacją zamówienia”. Odwołujący ponownie myli ubezpieczenie, jako warunek udziału w Postępowaniu z ubezpieczeniem realizacji zamówienia. (...) W treści warunku z pkt 4.1.1.2 ppkt 3 SIWZ, Zamawiający nie zastrzegł, że w przypadku ubezpieczenia w ramach grupy, spełnienie warunku będzie uzależnione od wykazania, że suma gwarancyjna nie może być pomniejszona o kwotę wypłaconych odszkodowań na rzecz innych ubezpieczonych podmiotów. Odwołujący nie wykazał, że suma gwarancyjna z ubezpieczenia została pomniejszona. Odwołujący jedynie teoretyzuje na temat tego rodzaju ryzyk. (...) Z ostrożności Zamawiający wskazuje, że przedstawione tłumaczenie nie pozostawia wątpliwości, co do potwierdzenia spełniania warunku udziału z pkt pkt 4.1.1.2 ppkt 3 SIWZ. Ponadto, sam zarzut rzekomej wadliwości tłumaczenia pozostaje bez wpływu na wynik Postępowania. Zamawiający nie narzucał wykonawcom, na jakim druku mają być wystawione dokumenty ubezpieczenia. Ponownie, jest to argument pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia w sprawie”.

Odnosząc się do kwestii zdolności technicznej zamawiający stwierdził w szczególności: „Jedyną okolicznością, która może być uznana za podstawę faktyczną zarzutu jest twierdzenie Odwołującego skierowane wobec umowy nr 8000049268 / P20003S zawartej między Zamawiającym a IBM Polska w dniu 31 grudnia 2014 r. Odwołujący nie

zidentyfikował tej umowy w treści odwołania, niemniej jednak jest to umowa, na podstawie której IBM Polska wykazywał „dostępność systemu na poziomie 99,%”. W pozostałym zakresie Odwołujący przedstawił jedynie swoje własne wnioski (umowy nie obejmowały usługi utrzymania systemu teleinformatycznego). W ogóle nie podano podstaw faktycznych tego wniosku, przykładowo: które konkretnie umowy oraz które ich postanowienia miałyby świadczyć, że nie obejmowały one utrzymania systemu teleinformatycznego. W konsekwencji zarzut Odwołującego, poza jedynymi okolicznościami skierowanymi wobec umowy nr 8000049268 / P20003S, jest zarzutem blankietowym. Odwołujący nie ma prawa doprecyzowania treści zarzutu i dopiero na rozprawie wskazywania właściwych okoliczności faktycznych, które miałyby być podstawą wniosków prezentowanych w odwołaniu (vide: przytoczony już wyrok KIO z 14/04/2018 r., KIO 433/18). (...) Z ostrożności Zamawiający przedstawia argumenty świadczące o bezpodstawności zarzutu Odwołującego. (...) Wykonawca IBM Polska wskazał cztery zamówienia. Dla obalenia zarzutów Odwołującego... wystarczające jest omówienie dwóch spośród tych czterech zamówień, które Zamawiający brał pod uwagę przy finalnej ocenie.

W dniu 31 grudnia 2014 r., w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia pod sygn. TZ/271/114/14, Zamawiający zawarł z IBM Polska umowę na udzielenie licencji wraz ze wsparciem na oprogramowanie systemowo-narzędziowe IBM oraz świadczenie usług wsparcia kodu sterującego GDPS dla środowiska IBM Mainframe w ZUS. Umowa nr 8000049268 / P20003S. Zgodnie z par. 1 ust. 2 ww. umowy, przedmiotem umowy oprócz udzielenia licencji na określone oprogramowanie oraz świadczenie usług wsparcia oprogramowania przez okres 36 miesięcy, było „świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług wsparcia kodu sterującego GDPS® (ang. Geographically Dispersed Parallel Sysplex) przez okres 36 miesięcy (od 01 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r.) zapewniających ciągły dostęp do danych i systemów produkcyjnych z/OS, DB2 i IBM System Z [Mainframe] z gwarantowaną dostępnością systemów z/OS i bazy danych DB2 oraz zagwarantowanie dostępności systemu na poziomie nie mniejszym niż 99,6% i czasu odtworzenia systemu po awarii nie dłuższym niż 6 godzin [dalej łącznie jako „Usługi Wsparcia GDPS”]: - na warunkach opisanych szczegółowo w niniejszej Umowie oraz w ramach wynagrodzenia określonego w § 12 ust. 1 Umowy”. Wynagrodzenie za Usługi Wsparcia GDPS zostało określone na poziomie 44 070 574,61 PLN z VAT (§ 12 ust. 1 pkt 2). Szczegółowy zakres przedmiotowy Usług Wsparcia GDPS, zgodnie z § 4 ust. 1 Umowy, został zdefiniowany w załączniku nr 5 do Umowy i wynikają z niego następujące okoliczności: IBM będzie wykonywał usługi wsparcia Kodu Sterującego GDPS przez okres 36 miesięcy zapewniające ciągły dostęp do danych i systemów z/OS, DB2 i IBM System Z [Mainframe] z gwarantowaną dostępnością systemu operacyjnego z/OS i bazy danych DB2 w ZUS (patrz pkt I, str. 2 Załącznika nr 5); Wykonywane usługi mają zapewnić ciągły dostęp

m.in. do z/OS (czyli system operacyjny) oraz do DB2 (czyli węzłów bazy danych) w trybie 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, zgodnie z zasadami określonymi w metryce ZWAPPLX [patrz pkt III ppkt 2, str. 5 załącznika nr 5]. Usługi nie miały więc charakteru „doraźnego działania w razie problemu na wezwanie”, jak próbuje to przedstawić Odwołujący. Z metryki ZWAPPLX wynika, że zakładana dostępność systemu musi wynosić 99,60% (ppkt 2.2. „Dostępność systemu” w Metryce ZWAPPLX, str. 7 załącznika nr 5). Faktyczny poziom dostępności systemów będących przedmiotem umowy [tj. m.in. z/OS i DB2] osiągnięty przez IBM to 100% nieprzerwanie przez 36 kolejnych miesięcy (od I 2015 do XII 2017) - co potwierdzają stosowne protokoły poświadczone przez Zamawiającego (ZUS) o nazwie „Miesięczne Raporty Realizacji Parametrów Metryk”. Umowa nr 8000049268 / P20003S obejmowała więc zapewnienie dostępności systemu na poziomie co najmniej 99%. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, została wskazana też wartość świadczonej usługi - zarówno w JEDZ złożonym przez IBM Polska, jak również w poświadczeniu nr I/DEI/2018 z 26 lutego 2018 r. Jest to kwota 44 070 574,61 zł. W konsekwencji zarzut Odwołującego jest całkowicie bezpodstawny.

Drugim zamówieniem, które wystarczy przywołać dla potwierdzenia faktu wykazania, że IBM Polska spełnia warunek udziału w Postępowaniu jest zamówienie wykonane na rzecz podmiotu prywatnego. (...) Z ostrożności Zamawiający podnosi, że także dwa pozostałe zamówienia, wskazane przez IBM Polska „nadmiarowo”, obejmowały usługi utrzymania systemu informatycznego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie dotyczyły one usług wsparcia, rozumianych przez Odwołującego, jako „doraźne działanie w razie problemu na wezwanie”. (...)

Odnosząc się do zarzutu zawyżenia punktacji oferty IBM Polska w kryterium „doświadczenie zespołu wykonawcy”, zamawiający stwierdził w szczególności: „Jedyną okolicznością, która może być uznana za podstawę faktyczną zarzutu jest twierdzenie Odwołującego o braku dokumentów wskazanych w pkt 7.3.4. SIWZ. W pozostałym zakresie Odwołujący przedstawił jedynie swój własny wniosek (umowy nie obejmowały administrowania, ZUS wadliwie ustalił okres doświadczenia). W ogóle nie podano podstaw faktycznych tego wniosku, przykładowo: które postanowienia umów (w tym, jakich konkretnie umów) miałyby świadczyć za wnioskiem, że nie obejmowały one administrowania; których funkcji (administratorów) miałyby to dotyczyć; jaki okres doświadczenia i względem, których funkcji (administratorów) miał zostać rzekomo wadliwie ustalony przez Zamawiającego. Tego rodzaju ogólniki, same wnioski Odwołującego, nie pozwalają nawet na ocenę, czy Odwołujący mógłby uzyskać więcej punktów niż IBM Polska. W konsekwencji zarzut dotyczący wadliwego punktowania oferty IBM Polska, poza jedyną okolicznością faktyczną podaną przez Odwołującego w postaci niezłożenia dowodów z pkt 7.3.4. SIWZ, jest zarzutem blankietowym. Odwołujący nie ma prawa doprecyzowania treści zarzutu i dopiero

na rozprawie wskazywania właściwych okoliczności faktycznych, które miałyby być podstawą wniosków prezentowanych w odwołaniu (vide: przytoczony już wyrok KIO z 14/04/2018 r. KIO 433/18). (...)

Zamawiający nie przewidywał punktowania na podstawie umów, których nazwy bądź oznaczenia wykonawcy wpisywali w treści tabeli w ofercie. Dokonując punktacji i przestrzegając zasad określonych w SIWZ, Zamawiający w ogóle nie mógł badać umów, ani nawet żądać ich przedstawienia przez któregokolwiek z wykonawców. (...) Tym samym Zamawiający w ogóle nie mógł się dopuścić naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Przeciwnie, ocena którą próbuje teraz przeprowadzić Odwołujący, świadczyłaby o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający miałby bowiem dokonywać oceny oferty IBM Polska na podstawie umów, podczas gdy względem wszystkich pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, ocena ta miałaby być przeprowadzona według innych reguł, tj. wyłącznie na podstawie dowodów przewidzianych w pkt 7.3.4. SIWZ”.

Pismem z dnia 14 października 2018 r. przystępujący IBM przedstawił swoje stanowisko, w którym co do rażąco niskiej ceny stwierdził w szczególności: „miesięczne wynagrodzenie wynikające z umowy zawartej pomiędzy IBM a Zamawiającym w styczniu 2018 r. nie może być porównywane z miesięcznym wynagrodzeniem zaoferowanym w ofercie IBM z następujących względów:

- a) Wcześniejsza umowa zawarta pomiędzy IBM a Zamawiającym w styczniu 2018 r. obejmowała znacznie szerszy zakres komponentów usługi niż ma to miejsce w przedmiotowym Zamówieniu. Umowa ze stycznia 2018 r. obejmowała bowiem także wsparcie producenta dla rozwiązania GDPS, które zapewnia możliwość zgłaszania do laboratoriów producenta błędów kodu tego oprogramowania, a także świadczenie innych dodatkowych usług, w tym np. (i) pakietu prac związanych z koniecznością ujednolicenia systemu administrowania drugiego systemu (NROI), który został włączony do umowy ze stycznia 2018 r., tak aby znacząco uprościć zarządzanie nim przez zespół IBM, oraz (ii) poszerzonego wsparcia technicznego (Enhanced Technical Support, ETS), zapewniającego priorytetową obsługę zgłoszeń dotyczących oprogramowania oraz dostęp do produktowych zespołów technicznych producenta oprogramowania.
- b) Minimalnym okresem, na jaki mogły być wykupione wymienione powyżej usługi wsparcia GDPS i ETS jest 1 rok, dlatego wynagrodzenie wynikające z umowy ze stycznia 2018 r. zawierało cenę roczną, niezależnie od czasu na jaki zawierana była umowa, tj. 3 miesiące. Już z tego powodu miesięcznego wynagrodzenia określonego w tamtej Umowie nie można w żadnym stopniu porównywać z miesięcznym wynagrodzeniem za zakres określony w Postępowaniu.

- c) Wymienione powyżej elementy Wsparcia GDPS i ETS nie zostały uwzględnione w przedmiocie Zamówienia, a co za tym idzie - również w cenie oferty IBM, z uwagi na wyraźne życzenie Zamawiającego. W odpowiedzi na pytanie nr 28 zadane w ramach wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, Zamawiający wskazał bowiem, że „SIWZ nie zawiera wymogu zapewnienia wsparcia producenta na komponenty istniejącej architektury Zamawiającego”.
- d) Umowa ze stycznia 2018 r. była zawarta na okres zaledwie 3 miesiące, podczas gdy przedmiotowe Zamówienie ma być wykonywane przez okres 36 miesięcy, a więc dwunastokrotnie dłużej. Efekt skali oraz perspektywa zaangażowania i osiągania zysku w znacznie dłuższym okresie pozwoliły IBM na istotne obniżenie poziomu stawek miesięcznych zaoferowanych za realizację Zamówienia.
- e) Umowa ze stycznia 2018 r. zawierana była w sytuacji pilnej potrzeby realizacji usługi, po zaledwie dwudniowych negocjacjach z Zamawiającym. W tej sytuacji IBM nie mógł przeprowadzić procedur wewnętrznych, które pozwoliłyby na zaakceptowanie ryzyka związanego z realizacją tej umowy przy niższej marży.
- f) Przeciwna sytuacja miała miejsce przy kalkulowaniu oferty na wykonanie Zamówienia - w przewidzianym w Postępowaniu terminie składania ofert, możliwe było dostosowanie rentowności oferty do aktualnej sytuacji na rynku zamówień publicznych. Okoliczność ta została szczegółowo omówiona w ramach udzielonych w piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny - pkt I ppkt 5 wyjaśnień.
- g) Na podstawie umowy ze stycznia 2018 r. IBM po raz pierwszy objął usługą ciągłości działania środowisko NROI. W toku wykonywania tej umowy podjętych zostało natomiast szereg przedsięwzięć technologicznych, których rezultatem jest ograniczenie: (i) pracochłonności wykonania Zamówienia przez IBM oraz (ii) ryzyk związanych z realizacją Zamówienia po stronie IBM, co również pozwoliło na znaczące obniżenie oferowanej ceny. Okoliczności te zostały wykazane w piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny - pkt II ppkt 2 str. 11 wyjaśnień.

Twierdzenia Odwołujących dotyczące zaoferowanej przez IBM stawki godzinowej również nie są trafne, co wynika z następujących okoliczności:

- a. Stawka w kwocie 500 PLN powołana przez Odwołujących nie jest, jak błędnie wskazują Odwołujący, „osobogodziną” przyjętą jako podstawa dla określenia pozostałych stawek zaoferowanych przez IBM. Stawka ta nie dotyczy głównego przedmiotu Zamówienia, a jedynie świadczenia usług dodatkowych, które Zamawiający przewidział w ramach opcji w pkt 2.1.2.2. SIWZ. Usługi te mogą lecz nie muszą być ostatecznie zlecone, a brak pewności w tym zakresie wpływa na

wysokość zaoferowanej stawki.

- b. Jednocześnie należy zauważyć, że w ofercie złożonej w niniejszym Postępowaniu Odwołujący zaoferowali za świadczenie usług dodatkowych stawkę 100 PLN, co wskazuje, że stawka 500 PLN wskazana w ofercie IBM z pewnością nie jest zaniżona. Wskazuje to także na absurdalny charakter argumentacji, w której Odwołujący starają się dowieść, że właściwa stawka, jaką IBM powinien zaoferować wynosi 2 500 PLN (!)
- c. W żadnej z obowiązujących umów zawartych przez IBM nie obowiązuje - w analogicznym jak w przypadku Zamówienia zakresie przedmiotowym - stawka godzinowa w kwocie 2 500 PLN.

(...) Nie znajdują również uzasadnienia wywody przedstawione przez Odwołujących w odniesieniu do rzekomych kosztów zatrudnienia Administratorów ADABAS i CICS. W tym zakresie należy wskazać, że:

- a. W ramach wyjaśnień udzielonych w piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. dotyczących sposobu obliczenia ceny IBM jednoznacznie wykazał, jaki jest rzeczywisty koszt zatrudnienia przez niego Administratorów ADABAS i Administratorów CICS - pkt I ppkt 3 wyjaśnień.
- b. Miejsce zamieszkania pracowników wykonujących czynności Administratorów ADABAS i Administratorów CICS nie ma żadnego znaczenia dla kosztów wynikających z ich zatrudnienia przez IBM. W ww. wyjaśnieniach IBM wykazał także jednoznacznie, że również stałe miejsce pracy tych osób nie generuje po stronie IBM dodatkowych kosztów - pkt I ppkt 3 wyjaśnień.
- c. Jak już wyżej wskazano, stawka w kwocie 500 PLN za godzinę świadczenia usług dodatkowych nie może być traktowana jako podstawa do obliczenia ryczałtowych stawek za: (i) Administrowanie Podsystemem ADABAS/NATURAL IBM (pkt 7 Tabeli nr 1 zawartej w formularzu cenowym w ofercie IBM) oraz (ii) za Administrowanie Podsystemem IBM CICS (pkt 8 Tabeli nr 1 zawartej w formularzu cenowym w ofercie IBM). Ww. stawki ryczałtowe zostały bowiem ustalone z uwzględnieniem innych założeń, przede wszystkim dotyczących skali i pewności co do wykonania głównej części Zamówienia.
- d. Odwołujący prezentują również błędną interpretację postanowień SIWZ odnoszących się do wymaganej dostępności Administratorów ADABAS i CICS. To, że dostępność systemów określonych w Zamówieniu ma być zapewniona w wymiarze 24 godziny/ 7 dni w tygodniu, nie oznacza, że w takim właśnie wymiarze wykonywać pracę mają wskazani administratorzy. Zgodnie z pkt II Załącznika nr 2 do Załącznika nr 2 do SIWZ - Istotne postanowienia umowy, Zamawiający:

- i. Dopuszcza realizowanie Usług Ciągłości Działania zdalnie. Wymaga jedynie świadczenia na miejscu (w siedzibie Zamawiającego) przez dwóch administratorów w dni robocze w godzinach 7:00-18:00 oraz
- ii. Wymaga zapewnienia możliwości kontaktu telefonicznego z administratorem 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu. Ten wymóg nie może jednak prowadzić do wniosku, że administrator ma wykonywać pracę w wymiarze 24/7. Kodeks pracy przewiduje bowiem możliwość pozostawiania przez pracownika na dyżurze.

Odwołujący bezpodstawnie sugerują także, że IBM nie uwzględnił w cenie oferty kosztów i zysków związanych z zaangażowaniem w realizację zamówienia pięciu podmiotów tj.: (i) IBM; (ii) IBM United Kingdom Ltd.; (iii) IBM Polska Business Services sp. z o.o.; (iv) IBM Global Services Delivery Center Polska sp. z o.o. oraz (v) Manpower Group sp. z o.o. W ramach udzielonych w piśmie z dnia 9 lipca 2018 r. wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia ceny IBM tymczasem jednoznacznie wykazał:

- a. Wysokość kosztów, jakie IBM poniesie w związku z realizacją Zamówienia w poszczególnych kategoriach obejmujących: (i) koszty osobowe (zespół własny IBM) - pkt I ppkt 1 wyjaśnień; (ii) ogólne koszty administracyjne związane z obsługą umowy w sprawie Zamówienia - pkt I ppkt 2 wyjaśnień; (iii) koszty podwykonawstwa (zespół udostępniony) - pkt I ppkt 3 wyjaśnień; (iv) pozostałe koszty - pkt I ppkt 6 wyjaśnień;
- b. Sposób, w jaki IBM oszacował ryzyka związane z realizacją Zamówienia - ppkt I pkt 4 i 6 wyjaśnień;
- c. Założony przez IBM poziom zysku z realizacji Zamówienia - pkt I ppkt 5 wyjaśnień.

(...) Jednocześnie w pismach z dnia 9 lipca 2018 r. oraz z dnia 27 lipca 2018 r. wraz z załącznikami IBM wykazał, jakie stawki obowiązywać będą w rozliczeniach pomiędzy IBM a podwykonawcami udostępniającymi zasoby tj. (i) IBM United Kingdom Ltd.; (ii) IBM Polska Business Services sp. z o.o.; (iii) IBM Global Services Delivery Center Polska sp. z o.o. oraz (iv) ManpowerGroup sp. z o.o. z tytułu uczestnictwa tych podmiotów w realizacji Zamówienia. Stawki te uwzględniają zarówno koszty jak i zysk ww. podmiotów, a ich wysokość została uwzględniona przy określaniu kosztów podwykonawstwa (zespołu udostępnionego), o których mowa wyżej”.

Odnosząc się do kwestii polisy, przystępujący stwierdził w szczególności: „Podniesione w Odwołaniu twierdzenia odnoszące się do dokumentu przedstawionego przez IBM na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania ubezpieczenia OC są nieprawdziwe, a w części dotyczą okoliczności nieistotnych z punktu widzenia celu, jakiemu służy postawienie tego warunku w Postępowaniu. Przede wszystkim należy wskazać, że z treści tego dokumentu jednoznacznie wynika, iż:

- a) IBM jest objęty ochrona ubezpieczeniową w ramach ubezpieczenia OC, którego

dotyczy dokument - w sekcji „Dodatkowe uwagi” tego dokumentu wyraźnie bowiem wskazano, że IBM jest ubezpieczonym w polisie ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej, ponadto w sekcji „Ubezpieczony” wskazano, iż ubezpieczonym jest nie tylko International Business Machines Corp., ale także wszelkie inne jednostki będące własnością tego podmiotu lub przez niego kontrolowane;

- b) Suma gwarancyjna ubezpieczenia OC, którym objęty jest IBM, wynosi 15 000 000 USD, a zatem znacznie więcej niż wymagana przez Zamawiającego 20 000 000 PLN.
- c) Ubezpieczenie OC dotyczy działalności gospodarczej prowadzonej przez ubezpieczonych, w tym IBM, bez jakichkolwiek ograniczeń co do przedmiotu tej działalności czy terytorium, na jakim jest wykonywana - w dokumencie, w tym w szczególności sekcji „Opis Działalności / Lokalizacji / Pojazdów” nie zostały wskazane żadne ograniczenia w tym zakresie. Przedmiot działalności prowadzonej przez IBM ujawniony we wpisie do KRS tej spółki jest niewątpliwie związany z przedmiotem Zamówienia. Ubezpieczenie OC obejmuje zatem działalność gospodarczą IBM związaną z przedmiotem Zamówienia.

Bez znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu pozostają natomiast pozostałe okoliczności podniesione w Odwołaniu, a mianowicie:

- (a) Rozszerzenia zawarte w polisie i ich ewentualny związek z Postępowaniem i realizacją Zamówienia - zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO ubezpieczenie OC wykazywane w ramach warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji Zamówienia: (...)
- (b) Okoliczność, że ubezpieczenie OC obejmuje nie tylko IBM, ale także inne podmioty grupy IBM, jak bowiem słusznie wskazuje KIO:
„Nie stanowi powodu dla nieuznania polisy jako dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej fakt, że wykonawca występuje w charakterze współubezpieczonego w danej polisie. Pewność, że kwota odpowiadająca sumie ubezpieczenia będzie odnosiła się tylko do zdarzeń, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia zamawiający w konkretnej sytuacji może uzyskać nie poprzez uprawnienia z polisy OC wymaganej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, ale w ramach zadania ubezpieczenia danego kontraktu (...).” (KIO 179/15)
- (c) Druk (formularz), na którym sporządzony został dokument potwierdzający ubezpieczenie - to nie układ treści, ale zawarte w treści dokumentu informacje są bowiem istotne z punktu widzenia oceny spełniania przez IBM warunku udziału w Postępowaniu. Produkt ubezpieczeniowy, którego dotyczy przedłożony dokument, ma charakter indywidualny i nie jest kierowany do odbiorcy masowego. Nie można wobec

tego oczekiwać, że będą w jego przypadku stosowane formularze o standardowym charakterze.

(...) Niezależnie od tego należy zauważyć, że zarzut dotyczący rzekomej wadliwości tłumaczenia przedłożonego przez IBM dokumentu ubezpieczenia został sformułowany w sposób, który uniemożliwia odniesienie się do niego i rozpoznanie go w ramach postępowania odwoławczego. Odwołujący nie tylko nie przedstawili w tym zakresie żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, ale nie wskazali nawet, w jakim zakresie tłumaczenie „nie oddaje wiernie treści polisy”. Jak już wyżej zasygnalizowano, brak tego rodzaju nie może być tymczasem konwalidowany po upływie terminu do wniesienia tego środka”.

Odnosząc się do kwestii spełniania warunku zdolności technicznej, przystępujący stwierdził w szczególności: „Należy zauważyć, że Odwołujący dokonali w Odwołaniu własnej wykładni postanowień SIWZ, która nie znajduje oparcia w treści tego dokumentu ustalonej przez Zamawiającego. W szczególności, wbrew twierdzeniom Odwołujących, z treści pkt 4.1.1.3. SIWZ, w którym określony został przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu, nie wynika:

- a) Na czym polegać ma wymagane przez Zamawiającego utrzymanie systemu teleinformatycznego zdefiniowane w SIWZ jako „utrzymanie dostępności i ciągłości działania co najmniej systemu operacyjnego oraz węzłów baz danych”,
- b) Brak możliwości zakwalifikowania jako utrzymania systemu teleinformatycznego także usług polegających m.in. na działaniach podejmowanych na wezwanie klienta.

(...) Wszystkie usługi wskazane w JEDZ IBM na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia obejmowały realizację świadczeń składających się na utrzymanie dostępności i ciągłości działania co najmniej systemu operacyjnego oraz węzłów baz danych. Usługi te - wbrew stanowisku Odwołujących — nie polegały wyłącznie na doraźnym działaniu w razie wystąpienia problemu, ale także na działaniach proaktywnych, planowych i konsultacyjnych. (...)

- (a) Zarówno Usługa nr 1, jak i Usługa nr 3 miały wartość co najmniej 5 mln PLN (z VAT) i co najmniej 1,7 mln PLN (z VAT) rocznie każda - bez uwzględnienia wartości opłat licencyjnych; (...)
- (b) Przedmiotem, każdej z ww. usług było utrzymanie systemu informatycznego z wykorzystaniem stałego dostępu do systemu informatycznego przez zespół odpowiedzialny za realizację codziennych procedur administracyjnych oraz zapewnienie parametrów pracy systemu, a nie tylko w formie zestawu działań proaktywnych, planowych, konsultacji czy podejmowanych na wezwanie klienta. Fakt świadczenia usługi polegającej na utrzymaniu systemu teleinformatycznego wynika wprost z treści referencji wystawionych przez odbiorców ww. usług, które IBM przekazał Zamawiającemu na podstawie art. 26 ust. 1 PZP wraz z pismem

przewodnim z dnia 6 sierpnia 2018 r.; (...)

- (c) Usługa nr 3 dotyczyła zapewnienia dostępności systemu na poziomie 99% i dostępność ta została faktycznie zapewniona nieprzerwanie przez okres dłuższy niż 4 miesiące, co wprost potwierdzają miesięczne raporty realizacji parametrów metryk w ramach umowy nr 80000049268/P20003S za okresy przypadające nieprzerwanie pomiędzy 1 lipca 2017 r. a 31 grudnia 2017 r. podpisane przez przedstawiciela Zamawiającego. (...)

Co więcej, należy zauważyć, że Usługa nr 3 świadczona była na rzecz Zamawiającego, który posiada pełną wiedzę na temat faktycznego zakresu tej usługi oraz okoliczności zapewnienia dostępności systemu na poziomie 99% nieprzerwanie przez okres co najmniej 4 miesięcy.

Odnosząc się do zarzutu zawyżenia punktacji oferty IBM Polska w kryterium „doświadczenie zespołu wykonawcy”, przystępujący stwierdził w szczególności: „Pozbawiony jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych pozostaje także zarzut dotyczący rzekomej błędnej oceny oferty IBM w kryterium „Doświadczenie Zespołu Wykonawcy”.

Przede wszystkim należy wskazać, że Odwołujący nie wskazali, czy i który ewentualnie przepis PZP został, w ich ocenie, naruszony przez Zamawiającego. Tymczasem zgodnie z art. 180 ust. 1 PZP odwołanie przysługuje tylko względem czynności lub zaniechania zamawiającego naruszającego PZP, a zgodnie z art. 180 ust. 3 PZP odwołanie powinno wskazywać m.in. okoliczności prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Ponadto sposób, w jaki sformułowano faktyczne uzasadnienie przedmiotowego zarzutu, uniemożliwia rzeczowe odniesienie się do jego treści przez IBM i Zamawiającego a także rozpoznanie tego zarzutu przez KIO. Odwołanie nie wskazuje bowiem: (i) które umowy wskazane przez IBM nie obejmują rzekomo administrowania oraz (ii) na czym polegać ma wada w zakresie ustalenia punktowanego okresu doświadczenia zawodowego. Również zatem w tym zakresie treść Odwołania narusza dyspozycję art. 180 ust. 3 PZP z uwagi na niedostatki uzasadnienia faktycznego, które - jak to już wyżej wskazano - nie mogą być konwalidowane po upływie terminu do wniesienia odwołania określonego w PZP. Już zatem z tego względu zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Kierując się jedynie względami ostrożności, IBM wskazuje natomiast, że:

- a) Doświadczenie zawodowe członków zespołu IBM zaprezentowane w tabeli „Doświadczenie Zespołu Wykonawcy na potrzeby oceny ofert” załączonej do oferty IBM, które zostało określone jako pełnienie funkcji administratora, obejmuje w każdym przypadku administrowanie polegające na wykonywaniu czynności określonych w odpowiednio w pkt 7.3.3.1. - 133.1. SIWZ, co wprost wynika ze złożonych wraz z ofertą IBM poświadczeń sporządzonych na wzorach stanowiących załączniki nr 9a - 9h do SIWZ. Co więcej, doświadczenie to zostało w całości zdobyte w toku wykonywania usług na rzecz Zamawiającego, który posiada pełną wiedzę o ich zakresie.

- b) Jak wskazano wyżej, IBM złożył wraz z ofertą wszystkie dokumenty wymagane zgodnie z pkt 7.3.4. SIWZ tj. tabelę (i) „Doświadczenie Zespołu Wykonawcy na potrzeby oceny ofert” oraz (ii) Poświadczenia sporządzone na wzorach stanowiących załączniki nr 9a - 9h do SIWZ.
- c) W konsekwencji, należy przyjąć, że Zamawiający prawidłowo ustalił liczbę punktów, jakie otrzymała oferta IBM w kryterium „Doświadczenie Zespołu Wykonawcy”.

Pismem z dnia 22 października 2018 r. zamawiający złożył kolejne pismo procesowe, w którym przedstawił swoje szczegółowe stanowisko wobec treści pisma procesowego odwołującego z dnia 15 października 2018 r. oraz dołączonych do niego dokumentów, tj. umowy z dnia 30 grudnia 2013 r. zawartej pomiędzy IBM a Ministerstwem Sprawiedliwości, umowy z dnia 31 grudnia 2014 r. zawartej pomiędzy IBM a ZUS, tabel przedstawiających zarzuty odwołującego względem punktacji przyznanej ofercie IBM w kryterium „doświadczenie zespołu wykonawcy” oraz opinii dr N. pn. „Administrowanie utrzymanie i wsparcie systemu informatycznego”.

Pismem z dnia 23 października 2018 r. przystępujący złożył kolejne pismo procesowe, w którym w szczególności wymienił zarzuty odwołującego, które zostały podniesione lub skonkretyzowane dopiero na rozprawie lub w piśmie procesowym z dnia 15 października 2018 r., a nie zostały zawarte w odwołaniu:

„Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 15 października 2018 r. oraz na rozprawie przed KIO w tym samym dniu - z naruszeniem terminu do wniesienia odwołania wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1603) („PZP”) - przedstawili szereg nowych okoliczności faktycznych i prawnych, które w istocie wykraczają poza zakres zarzutów postawionych przez nich w piśmie z dnia 1 października 2018 r, obejmującym odwołanie („Odwołanie”) złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie usług ciągłości działania dla środowiska systemowego Mainframe (odpowiednio: „Postępowanie” i „Zamówienie”) prowadzonym przez Zamawiającego.

Dotyczy to w szczególności argumentacji Odwołujących odnoszącej się do następujących okoliczności:

- a) W odniesieniu do ceny oferty IBM:
 - i. kosztu „licencji GDPS” (według błędnej nomenklatury stosowanej przez Odwołujących) we wcześniejszej umowie z 2 stycznia 2018 r. zawartej pomiędzy IBM a Zamawiającym, który - w ocenie Odwołujących - wynosi 600 000 PLN w skali roku, i wpływu nie uwzględnienia tego zakresu w przedmiocie Zamówienia na cenę oferty IBM;
 - ii. uwzględnienia w Zamówieniu usługi administrowania ADABAS Natural, co wskazywać

- ma - według Odwołujących - na szerszy zakres Zamówienia w stosunku do zakresu przedmiotowego wcześniejszej umowy z dnia 2 stycznia 2018 r. zawartej pomiędzy IBM a Zamawiającym, i wpływu uwzględnienia tego zakresu w przedmiocie Zamówienia na cenę oferty IBM;
- b) W odniesieniu do spełniania przez IBM warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia OC:
- i. grupowego charakteru ubezpieczenia OC IBM i związanego z tym rzekomego braku wykazania przez IBM, że zapłacił choćby złotówkę za ubezpieczenie, na które się powołuje,
 - ii. wadliwego charakteru tłumaczenia dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie IBM, który ma wynikać stąd, że tytuł dokumentu został przetłumaczony jako „Zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej”;
 - iii. wskazania IBM jako posiadacza dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie, z czego ma wynikać wg Odwołujących, że „IBM nie może wywodzić jakichkolwiek praw z Certyfikatu”,
 - iv. rzekomej konstrukcji ubezpieczenia, która ma wymagać w ocenie Odwołujących *zaangażowania International Business Machines Corp. w realizację wraz z dodatkowo ubezpieczonym* i obejmować odpowiedzialność *Jedynie za wspólne działania oraz ograniczenia odpowiedzialności ubezpieczyciela* (wg Odwołujących: „klauzula ATIMA”), które to ograniczenie ma być sprzeczne z SIWZ;
 - v. rzekomej konieczności odrębnego potwierdzenia posiadania przez IBM ubezpieczenia OC, która w ocenie Odwołujących wynikać ma z treści przedstawionego przez IBM dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie OC, i braku przedstawienia przez IBM polisy zawierającej stosowne potwierdzenia, wskazującej IBM jako dodatkowo ubezpieczonego;
- c) W odniesieniu do spełniania przez IBM warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia:
- i. w przypadku umowy z 30 grudnia 2013 r. zawartej pomiędzy IBM a Ministerstwem Sprawiedliwości, wskazanej przez IBM na potwierdzanie spełniania tego warunku - wartości wynagrodzenia przypadającego na usługi subskrypcji i wsparcia, liczby godzin wsparcia dla kodu sterującego GDPS przewidzianych w tej umowie, zakresu odpowiedzialności IBM, podwykonawców i programistów oraz liczby faktycznie wykonanych godzin usługi;
 - ii. w przypadku umowy z 31 grudnia 2014 r. zawartej pomiędzy IBM a Zamawiającym, wskazanej przez IBM na potwierdzanie spełniania tego warunku - liczby osobodni czasu pracy programistów IBM, braku możliwości wykazania, że IBM zapewnił dostępność systemu na poziomie co najmniej 99 % i braku możliwości wykazania wartości tej usługi.

- d) W odniesieniu do sposobu oceny oferty IBM w kryterium „Doświadczenie Zespołu Wykonawcy” - okoliczności wskazanych w tabeli załączonej do pisma Odwoływających z dnia 15 października 2018 r. tj.:
- i. rzekomego faktycznego przedmiotu poszczególnych umów, w ramach których zdobyte zostało doświadczenie zespołu IBM;
 - ii. braku - w ocenie Odwoływających - wykazania posiadania przez niektórych członków zespołu IBM doświadczenia w zakresie automatyzacji;
 - iii. rzekomego braku w zakresie niektórych oświadczeń własnych członków zespołu IBM;
 - iv. wystawienia niektórych poświadczeń przez podmiot niebędący odbiorcą końcowym usługi.

W tym kontekście należy zauważyć, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 PZP, odwołanie powinno obligatoryjnie wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie natomiast z art. 192 ust. 7 PZP KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący IBM podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usług ciągłości działania dla środowiska systemowego Mainframe”.

W pkt 4.1.1.2. ppkt 3) siwz zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości co najmniej 20 mln złotych. W celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, wykonawca w części IV sekcja B JEDZ „Inne wymogi ekonomiczne i finansowe” miał podać co najmniej poniższy zakres danych: nazwa ubezpieczyciela, suma gwarancyjna, okres obowiązywania ubezpieczenia. Ponadto na wezwanie zamawiającego wykonawca miał przedłożyć dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Pismem z dnia 11 maja 2018 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące siwz. M.in. w zakresie warunku zdolności technicznej zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

„Pytanie nr 4:

Czy Zamawiający zgadza się na doprecyzowanie treści SIWZ punkt 4.1.1.3, ust 1 podpunkt 1 tak, aby zamówienia dotyczące utrzymania systemu teleinformatycznego wskazane do spełnienia warunków udziału wskazane w powyższym punkcie dotyczyły warstwy systemu operacyjnego i bazy danych, tak jak jest to w przedmiocie zamówienia, a nie np. serwisu sprzętowego?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że dokonał zmiany SIWZ w punkcie 4.1.1.3. SIWZ (patrz zmiana nr 1).”

„Pytanie nr 5:

Czy Zamawiający zgadza się na doprecyzowanie treści SIWZ punkt 4.1.1.3, ust 1 podpunkt 1 tak, aby zamówienia dotyczące utrzymania systemu teleinformatycznego wskazane do spełnienia warunków udziału wskazane w powyższym punkcie dotyczyły środowiska zbliżonego do tego jakie posiada Zamawiający i zakresu obejmującego utrzymanie dostępności systemów i podsystemów pracujących w architekturze klastrowej? Mając na uwadze skalę systemu informatycznego KSI, zarówno jeśli chodzi o wolumen przetwarzania bazodanowego, wielkość operacyjnej bazy danych jak i wysokie wymagania postawione w SIWZ w zakresie utrzymania dostępności i ciągłości systemu, uzasadnionym jest, aby Wykonawca udokumentował doświadczenie w realizacji przynajmniej jednego zamówienia o podobnej skali do środowiska Zamawiającego i złożoności z wykorzystaniem technologii jaką wykorzystuje Zamawiający. Zamawiający określając warunek zdolności technicznej i zawodowej zobowiązany jest przestrzegać zasady proporcjonalności oraz celu postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Obecnie postawione wymagania są nieadekwatne w stosunku do bardzo wysokich wskaźników zakresie utrzymania dostępności i ciągłości systemu.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wprowadza zmian SIWZ w postulowanym przez wykonawcę zakresie.”

„Pytanie nr 9:

Punkt 4.1.1.3, ust 1. Prosimy o wyjaśnienie jakie rodzaje usług Zamawiający rozumie jako „utrzymanie systemu teleinformatycznego”? Usługi utrzymania mogą być rozumiane jako wszelkie czynności mające na celu zapobieganie pogarszaniu się stanu technicznego systemu, nawet takie które nie mają związku z przedmiotem Zamówienia np. serwis sprzętu. Tak sformułowane wymaganie jest niejednoznaczne. Interpretacja definicji utrzymania systemu teleinformatycznego na etapie badania ofert przeczy zasadzie przejrzystości zamówień publicznych oraz może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że dokonał zmiany SIWZ w punkcie 4.1.1.3. SIWZ (patrz zmiana nr 1).”

„Pytanie nr 10:

Punkt 4.1.1.3, ust 1. podpunkt 2. Prosimy o wyjaśnienie jakie rodzaje usług Zamawiający rozumie jako „zapewnienie dostępności”? W obecnym brzmieniu wymagania można rozważać literalne znaczenie dostępności, co może doprowadzić do sytuacji, w której cel Zamawiającego co do uzyskania potwierdzenia Wykonawcy, że posiada doświadczenie w pracy z systemami o proporcjonalnych warunkach usług wsparcia nie zostanie osiągnięty. Ciągłą dostępność rozumianą potocznie mogą wykazać systemy o całkowicie innej charakterystyce niż środowisko Zamawiającego. Interpretacja definicji dostępności na etapie badania ofert przeczy zasadzie przejrzystości zamówień publicznych oraz może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że przez „zapewnienie dostępności” systemu teleinformatycznego, o którym mowa w „punkcie 4.1.1.3. ust. 1 podpunkt 2)” SIWZ, należy rozumieć zapewnienie działania funkcjonalności systemu teleinformatycznego na określonym poziomie. Zamawiający w tym warunku nie definiuje zakresu usług, a jedynie wymaga wykazania przez wykonawcę zdolności do zapewnienia określonej dostępności systemu teleinformatycznego.”

W pkt 4.1.1.3. siwz (po uwzględnieniu odpowiedzi na ww. pytania) zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej dwa zamówienia polegające na utrzymaniu systemu teleinformatycznego, przy czym:

- 1) każde o wartości co najmniej 5 mln złotych (z VAT) z zastrzeżeniem, że roczna wartość świadczonych usług nie była niższa niż 1,7 mln złotych (z VAT), oraz
- 2) co najmniej jedno zamówienie dotyczyło zapewnienia dostępności tego systemu na poziomie co najmniej 99% i wykonawca faktycznie zapewnił taką dostępność nieprzerwanie przez co najmniej cztery miesiące.

W przypadku zamówienia, które obejmowało również realizację innych świadczeń, zamawiający wymagał, aby wartość zakresu zamówienia polegającego na utrzymaniu systemu teleinformatycznego wyniosła co najmniej 5 mln złotych (z VAT).

W przypadku zamówienia wykonywanego (w trakcie realizacji) zamawiający wymagał, aby do upływu terminu składania ofert, wartość zrealizowanych świadczeń polegających na utrzymaniu systemu teleinformatycznego, wyniosła co najmniej 5 mln złotych (z VAT).

Przez utrzymanie systemu teleinformatycznego należało rozumieć utrzymanie dostępności

i ciągłości działania co najmniej systemu operacyjnego oraz węzłów bazy danych, z wyłączeniem serwisowania sprzętu.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, wykonawca w części IV sekcja C JEDZ „W przypadku zamówień na usługi: realizacja usług danego rodzaju”, miał podać co najmniej poniższy zakres danych: odbiorca usługi (nazwa i adres), przedmiot wykonywanego albo wykonanego zamówienia (opis zamówienia winien zawierać informacje pozwalające na stwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym informację czy usługa polegała na utrzymaniu systemu teleinformatycznego oraz czy usługa dotyczyła zapewnienia dostępności tego systemu na poziomie co najmniej 99% i czy wykonawca faktycznie zapewnił taką dostępność nieprzerwanie przez co najmniej cztery miesiące), wartość wykonywanego albo wykonanego zamówienia w PLN brutto, data rozpoczęcia świadczenia usługi, data zakończenia świadczenia usługi albo informacja o dalszym wykonywaniu usługi.

Ponadto na wezwanie zamawiającego wykonawca miał przedłożyć dowody określające, czy usługi wskazane w złożonych przez wykonawcę dokumentach JEDZ zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa miały być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W pkt 7.2. zamawiający przewidział kryteria oceny ofert:

- cena brutto – 65%,
- doświadczenie zespołu wykonawcy – 35%.

Zasady przyznawania punktów w poszczególnych podkryteriach składających się na kryterium „doświadczenie zespołu wykonawcy” przedstawiały się następująco:

Pkt 7.3.3.1. Doświadczenie Administratora z/OS (max. 20 punktów):

W ramach niniejszego podkryterium zamawiający przyzna punkty za doświadczenie zawodowe (zdobyte w okresie ostatnich jedenastu lat przed terminem składania ofert), posiadane przez osobę, którą wykonawca skieruje do realizacji zamówienia w roli Administratora z/OS i która to osoba spełnia jednocześnie wymagania wskazane w pkt 4.1.1.3. dla funkcji Administratora z/OS.

Punkty zostaną przyznane wg następujących zasad:

- Sześć lat doświadczenia zawodowego – 2 punkty,
- Siedem lat doświadczenia zawodowego - 4 punkty,

- Osiem lat doświadczenia zawodowego - 6 punktów,
- Dziewięć lat doświadczenia zawodowego - 8 punktów,
- Dziesięć i więcej lat doświadczenia zawodowego - 10 punktów.

Przez doświadczenie zawodowe należy rozumieć świadczenie usług bądź świadczenie pracy polegających na administrowaniu systemem operacyjnym z/OS lub OS/390, obejmujące co najmniej:

- Kontrolę stanu systemu operacyjnego;
- Diagnozowanie sytuacji awaryjnych w systemie operacyjnym;
- Instalowanie aktualizacji (serwisowanie) systemu operacyjnego;
- Aktualizację konfiguracji IODF (Input/Output Definition File);
- Konfigurowanie i strojenie systemu operacyjnego;
- Zarządzenie i strojenie dystrybucją zasobów systemowych w celu realizacji priorytetów biznesowych (np. WLM - Workload Manager),

które winny być potwierdzone stosownymi dowodami, o których mowa w punkcie 7.3.4. siwz.

W przypadku braku przedłożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w punkcie 7.3.4 siwz, zamawiający przyzna 0 (zero) punktów.

Zamawiający poinformował, że doświadczenie zawodowe, będzie liczone w następujący sposób:

- 1) doświadczenie zawodowe zdobyte w ramach różnych projektów, w których brała udział dana osoba i realizowanych w tym samym czasie - nie podlega sumowaniu,
- 2) doświadczenie zawodowe zdobyte w zakresie projektów, w których brała udział dana osoba, w różnym czasie - podlega sumowaniu, z tym, że w przypadku, gdy wykonawca wykaże projekty, których okresy realizacji zachodzą na siebie, zamawiający do doświadczenia zawodowego uzna okres od dnia rozpoczęcia wcześniejszego projektu do dnia zakończenia późniejszego projektu,
- 3) w przypadku braku podania daty dziennej a jedynie informacji o miesiącu, zamawiający na potrzeby ustalenia okresu doświadczenia zawodowego przyjmie ostatni dzień danego miesiąca (dla rozpoczęcia projektu) oraz pierwszy dzień danego miesiąca (dla zakończenia projektu),
- 4) w przypadku podania jedynie informacji o roku rozpoczęcia lub zakończenia projektu, zamawiający na potrzeby ustalenia okresu doświadczenia zawodowego, przyjmie 31 grudnia danego roku (dla rozpoczęcia projektu) oraz 1 stycznia danego roku (dla zakończenia projektu),
- 5) w przypadku, gdy nazwa handlowa określonego oprogramowania / bazy danych / narzędzia uległa zmianie, zamawiający w celu oceny informacji przedstawionych przez

wykonawcę, uzna również starsze lub nowsze nazwy handlowe określonego oprogramowania / bazy danych / narzędzia.

Zamawiający przyzna punkty maksymalnie za dwie osoby wskazane do pełnienia funkcji Administratora z/OS. W przypadku gdy wykonawca wskaże więcej niż dwie osoby do pełnienia tej funkcji, zamawiający przyzna punkty w stosunku do dwóch pierwszych osób wskazanych dla tej funkcji w ofercie w tabeli „Doświadczenie Zespołu Wykonawcy”.

Na takiej samej zasadzie w kryterium doświadczenie zespołu wykonawcy zamawiający przewidział jeszcze podkryteria w zakresie następujących osób:

1. doświadczenie Administratora DB2 (max. 20 punktów),
2. doświadczenie Administratora Systemami Automatykacji KSI (max. 20 punktów),
3. doświadczenie Administratora Systemami Automatykacji NROI (max. 20 punktów),
4. doświadczenie Administratora systemem zabezpieczenia ciągłości systemu w oparciu o GDPS/PPRC (max. 8 punktów),
5. doświadczenie Administratora ADABAS/NATURAL (max. 20 punktów),
6. doświadczenie Administratora IBM CICS (max. 12 punktów).

Zgodnie z pkt 7.3.4. siwz przez stosowne dowody potwierdzające posiadane doświadczenie zawodowe należało rozumieć oświadczenie podmiotu (zamawiającego), który zlecił wykonywanie określonych usług, wg odpowiedniego wzoru oświadczenia stanowiącego Załącznik nr 9A - 9G do SIWZ lub innych dokumentów, z których wynikać będzie pełen zakres informacji wskazanych dla danej funkcji w punkcie 7.3.3 SIWZ z zastrzeżeniem, że dokumenty te będą wystawione lub podpisane przez podmiot (zamawiającego), który zlecił wykonywanie usług.

Zamawiający dopuszcza aby:

- 1) Wykonawca przedłożył własne oświadczenie w przypadku, gdy świadczenie usług (pracy), w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, przez określoną osobę fizyczną odbywało się na infrastrukturze techniczno-systemowej Wykonawcy. Przedłożone oświadczenie winno zawierać pełen zakres informacji wskazanych w odpowiednim wzorze oświadczenia stanowiącego Załącznik nr 9A-9G do SIWZ. Ponadto w takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest dodatkowo wskazać, składając oświadczenie zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 9H do SIWZ; że świadczenie usług (pracy) przez określoną osobę fizyczną odbywało się na infrastrukturze techniczno- systemowej Wykonawcy;
- 2) Wykonawca przedłożył oświadczenie podpisane przez podmiot, który zatrudniał określoną osobę fizyczną (Zleceniodawca, Pracodawca) w przypadku, gdy ta osoba fizyczna świadczyła usługi (pracę), w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, wyłącznie na potrzeby własne Pracodawcy/Zleceniodawcy. Przez potrzeby własne

Pracodawcy /Zleceniodawcy należy rozumieć sytuację, w której usługi (praca) świadczone przez daną osobą nie są następnie odsprzedawane odpłatnie innym podmiotom. Przedłożone oświadczenie winno zawierać pełen zakres informacji wskazanych w odpowiednim wzorze oświadczenia stanowiącego Załącznik nr 9A-9G do SIWZ, Ponadto w takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest dodatkowo wskazać, składając oświadczenie zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 9H do SIWZ, że świadczenie usług (pracy) przez określoną osobę fizyczną odbywało się na potrzeby własne Pracodawcy/Zleceniodawcy;

- 3) Wykonawca przedłożył oświadczenie podpisane przez daną osobę fizyczną, która świadczyła usługi (pracę) w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie przedstawić innych dopuszczonych przez Zamawiającego dowodów. Przedłożone oświadczenie winno zawierać pełen zakres informacji wskazanych w odpowiednim wzorze oświadczenia stanowiącego Załącznik nr 9A-9G do SIWZ. Ponadto w takim przypadku wykonawca wraz z przedłożeniem takiego oświadczenia winien wykazać, składając oświadczenie zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 9H do SIWZ, zaistnienie uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, że wykonawca nie jest w stanie przedstawić innych dopuszczonych przez Zamawiającego dowodów.

W przypadku przekształceń własnościowych określonego podmiotu, Zamawiający dopuszczał możliwość złożenia stosownego oświadczenia przez następcę prawnego tego podmiotu.

Zamawiający wskazał też, że tabela zawarta w pkt 5 Formularza oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) wraz z dokumentami, o których mowa w pkt 4.5.3 stanowi podstawę do oceny ofert w kryterium „Doświadczenie Zespołu Wykonawcy”. Dokumenty, o których mowa w zdaniu powyższym, nie stanowią dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. W związku z powyższym nie ma do tych dokumentów zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy.

Wykonawca IBM złożył ofertę, która w znacznej części została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 26 czerwca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego IBM do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, że oceniając wyjaśnienia, weźmie pod uwagę w szczególności następujące elementy cenotwórcze:

1. Koszty osobowe, w tym uwzględniając wymagania Zamawiającego określone w SIWZ (pkt 14.11 Załącznika nr 2 do SIWZ - Istotne postanowienia umowy), aby czynności

związane z realizacją usług, były wykonywane przez pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 1666 ze zm.), w szczególności:

- a. wynagrodzenia i pochodne;
 - b. koszty szkoleń;
 - c. koszty podróży służbowych.
2. Ogólne koszty administracyjne związane z obsługą umowy (np. koszty obsługi prawnej, koszty ogólnego zarządu, koszty księgowości, koszty utrzymania biura).
 3. W przypadku gdy Wykonawca będzie korzystał z podwykonawców - koszty jakie Wykonawca będzie ponosił w związku z zaangażowaniem podwykonawców oraz narzuty i rezerwy jakie przewiduje Wykonawca w związku z zaangażowaniem podwykonawców.
 4. Ryzyka związane z zapłatą kar umownych.
 5. Zysk Wykonawcy.

Jeżeli pewne elementy cenotwórcze spośród powyżej wskazanych nie będą miały zastosowania do realizacji zamówienia, wówczas wykonawca powinien w wyjaśnieniach na niniejsze wezwanie wykazać brak konieczności uwzględnienia danego elementu cenotwórczego w kalkulacji ceny oferty.

W dniu 9 lipca 2018 r. przystępujący IBM udzielił szczegółowej odpowiedzi, która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 20 lipca 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego IBM do złożenia dodatkowych wyjaśnień precyzujących wyjaśnienia udzielone pismem z dnia 9 lipca 2018 r. W dniu 27 lipca 2018 r. przystępujący IBM udzielił dodatkowych wyjaśnień, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 16 lipca 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego IBM, na podstawie art. 26 ust. 3 i 3a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, poprawienia złożonych wyjaśnień i złożenia brakujących oświadczeń i dokumentów w związku z treścią złożonego dokumentu JEDZ. W szczególności zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia JEDZ w zakresie wykazania zdolności technicznej, ponieważ:

- a) przystępujący IBM dla żadnej z czterech wykazanych usług nie wskazał, że roczna wartość świadczonych usług nie była niższa niż 1,70 mln zł,
- b) przystępujący IBM dla żadnej z czterech wykazanych usług nie wskazał, że faktycznie zapewnił dostępność systemu teleinformatycznego na poziomie co najmniej 99% nieprzerwanie przez co najmniej 4 miesiące,

- c) przystępujący IBM w ramach pierwszej wykazanej usługi nie wskazał, że do upływu terminu składania ofert wartość zrealizowanych świadczeń polegających na utrzymaniu systemu teleinformatycznego wyniosła co najmniej 5 mln zł, którą to informację należało podać w przypadku zamówień nadal wykonywanych,
- d) przystępujący IBM w ramach trzeciej usługi nie wskazał, że dotyczyła ona utrzymania dostępności i ciągłości działania co najmniej systemu operacyjnego oraz węzłów baz danych z wyłączeniem serwisowania sprzętu,
- e) przystępujący IBM w ramach czwartej usługi nie wskazał, że do upływu terminu składania ofert wartość zrealizowanych świadczeń polegających na utrzymaniu systemu teleinformatycznego wyniosła co najmniej 5 mln zł, którą to informację należało podać w przypadku zamówień nadal wykonywanych,
- f) z opisu usługi wykonywanej przez podmiot trzeci nie wynika, że roczna wartość wykonywanego zamówienia nie była niższa niż 1,7 mln zł, że podmiot ten faktycznie zapewnił dostępność systemu teleinformatycznego na poziomie co najmniej 99% nieprzerwanie przez co najmniej 4 miesiące i że do upływu terminu składania ofert wartość zrealizowanych świadczeń polegających na utrzymaniu systemu teleinformatycznego wyniosła co najmniej 5 mln zł, którą to informację należało podać w przypadku zamówień nadal wykonywanych.

Pismem z dnia 24 lipca 2018 r. przystępujący IBM udzielił odpowiedzi i uzupełnił JEDZ, którego treść częściowo została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27 lipca 2018 r. zamawiający wezwał przystępującego IBM do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wraz z pismem z dnia 6 sierpnia 2018 r. przystępujący złożył wymagane oświadczenia i dokumenty.

Pismem z dnia 19 września 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego IBM.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

Odnosząc się do poszczególnych kwestii podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, co następuje:

Tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący braku odtajnienia przez zamawiającego treści jednej z referencji przedstawionych przez przystępującego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, jest spóźniony. Należy zauważyć, że pismem z dnia 16 lipca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców, w tym odwołującego, o tym, że zakończył czynność badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W piśmie tym poinformowano także wykonawców o zakresie uznania zastrzeżenia tajemnicy za zasadne, w tym o uznaniu, że tajemnicą przedsiębiorstwa są dane podmiotów prywatnych, na rzecz których przystępujący IBM świadczył usługi. Ponadto w dniu 8 sierpnia 2018 r. odwołującemu udostępniona została oferta przystępującego IBM. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania dotyczącego niezasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa upłynął w dniu 18 sierpnia 2018 r.

Nie można przy tym zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, zgodnie z którym w piśmie z dnia 16 lipca 2018 r. zamawiający mógł informować o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie w zakresie oświadczeń i dokumentów, którymi wówczas dysponował, a nie dysponował jeszcze wtedy referencjami. Należy podkreślić, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o podmiocie, na rzecz którego były świadczone usługi, konsekwentnie powoduje zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa również treści referencji złożonych przez ten podmiot. W przeciwnym wypadku zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyłącznie informacji o odbiorcy usługi byłoby bezskuteczne, gdyby ujawniona została pochodząca od niego referencja (z jego danymi).

Tym samym przyjąć należy, że najpóźniej w dniu 8 sierpnia 2018 r. (udostępnienie oferty przystępującego) odwołujący powziął wiadomość o zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Świadczy o tym także treść wiadomości mailowej odwołującego z dnia 8 sierpnia 2018 r. skierowanej do zamawiającego, w której odwołujący przewiduje nawet wniesienie odwołania w razie nieodtajnienia przez zamawiającego interesujących go informacji. Należy zatem stwierdzić, że termin na wniesienie odwołania w przedmiocie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jednej z referencji przedstawionej przez przystępującego IBM, upłynął w dniu 18 sierpnia 2018 r. Oznacza to, że podniesienie tego zarzutu w odwołaniu wniesionym w dniu 1 października 2018 r., jest spóźnione. W konsekwencji zarzut ten nie podlega rozpatrzeniu.

Rażąco niska cena

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne

części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Rozpatrując niniejszy zarzut Izba w pierwszej kolejności dokonała analizy wyjaśnień przystępującego IBM udzielonych w pismach z dnia 9 lipca 2018 r. i 27 lipca 2018 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Izba oceniła te wyjaśnienia jako wyczerpujące, spójne i wiarygodne. W szczególności przystępujący podał w wyjaśnieniach koszty, jakie planuje ponieść w związku z realizacją zamówienia, w tym koszty: osobowe, wynagrodzenia i pochodne, koszty szkoleń, koszty podróży służbowych, inne koszty osobowe, ogólne koszty administracyjne związane z obsługą umowy w sprawie zamówienia, koszty podwykonawstwa i związane z tym ryzyka, przewidywany zysk. Podając ww. koszty kwotowo przystępujący wyjaśnił także, jakie elementy i ryzyka zostały uwzględnione dla ich wyliczenia i jaka rezerwa została przewidziana. Przystępujący wykazał także, jakie stawki będą obowiązywać w rozliczeniach pomiędzy IBM a podwykonawcami udostępniającymi zasoby. Ponadto przystępujący w swoich wyjaśnieniach podał szczególne okoliczności wpływające na cenę oferty, w tym rozpiął poszczególne okoliczności składające się na oszczędności metody wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne wpływające na zmniejszenie pracochłonności i ryzyka projektowego, a także wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla przystępującego. Przystępujący dołączył ponadto do wyjaśnień dowody w postaci m.in. pisma dyrektora działu kadr IBM, czy treści porozumień z podwykonawcami. Jak wskazano już wyżej, udzielone wyjaśnienia nie dają podstaw do stwierdzenia, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska.

Odnosząc się natomiast do argumentów odwołującego w tej sprawie, opierających się na porównaniu ceny zaoferowanej przez przystępującego IBM w przedmiotowym postępowaniu z ceną zaoferowaną w postępowaniu, w którym umowa została zawarta w styczniu 2018 r., należy zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że warunki, na jakich została zawarta umowa ze stycznia 2018 r. nie są porównywalne z obecnymi.

Po pierwsze, umowa ze stycznia 2018 r. została zawarta w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co oznacza, że zawarta ona została w warunkach braku konkurencji ze strony innych wykonawców. Dodatkowo zamawiający, udzielając zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, musiał znaleźć się w wyjątkowej sytuacji, w której wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, tak aby od początku 2018 r. zapewnić wykonywanie Usług Ciągłości Działania. Sytuacja, w jakiej znalazł się zamawiający i związany z tym tryb udzielenia zamówienia dawały niewątpliwie przystępującemu IBM pozycję uprzywilejowaną w negocjacjach i zakres swobody w kształtowaniu żądanej ceny. Tym samym nie można porównać ceny oferowanej w ww. okolicznościach w styczniu 2018 r. z ceną oferowaną w przedmiotowym postępowaniu, które toczy się w trybie przetargu nieograniczonego, tj. z zapewnieniem konkurencji. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że umowa ze stycznia 2018 r. była aneksowana i pierwotna kwota z tej umowy, tj. 1.243.902,44 zł netto została aneksem z dnia 28 marca

2018 r. obniżona do 955.284,55 zł netto, zaś kolejnym aneksem z dnia 25 lipca 2018 r. – została obniżona do 606.160,00 zł netto. Tym samym aktualna cena z umowy ze stycznia 2018 r. jest już na poziomie ceny oferowanej w przedmiotowym postępowaniu i usługi są realizowane należycie w tej cenie, co dowodzi jej realności.

Po drugie, umowa ze stycznia 2018 r. została początkowo zawarta na okres 3 miesięcy, co również stanowi dodatkowe wytłumaczenie, dlaczego pierwotna cena z tej umowy była znacznie wyższa od ceny oferowanej w przedmiotowym postępowaniu, które dotyczy zamówienia, którego realizacja ma trwać 36 miesięcy. Okres, na jaki ma być zawarta umowa, wpływa bowiem co do zasady na wysokość oferowanej ceny, przy czym im dłuższy jest ten okres, tym niższa z reguły jest cena.

Po trzecie, przedmiot zamówienia obecnie prowadzonego postępowania nie jest tożsamy z przedmiotem zamówienia, którego dotyczyła umowa ze stycznia 2018 r. Przedmiotowe postępowanie nie obejmuje wsparcia producenta do oprogramowania kodu sterującego GDPS, które było objęte umową ze stycznia 2018 r., natomiast obejmuje w szerszym zakresie usługi dotyczące administrowania środowiskiem NROI, w szczególności dodano administrowanie ADABAS i wprowadzono określony poziom SLA dla środowiska NROI, czego nie było w umowie ze stycznia 2018 r. Tym samym różny zakres przedmiotowy obu zamówień również nie pozwala na proste porównywanie cen oferowanych przez przystępującego IBM w obu postępowaniach i wyciąganie wniosków co do rażąco niskiej ceny oferowanej w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się z kolei do argumentów odwołującego opierających się na stawce godzinowej w wysokości 500 zł netto, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że odwołujący błędnie odnosi ww. stawkę do wszystkich usług w ofercie przystępującego IBM. Na wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia składa się wynagrodzenie za realizację Usług Ciągłości Działania oraz wynagrodzenie za Usługi Dodatkowe. W przypadku Usług Ciągłości Działania wynagrodzenie nie jest obliczane za liczbę roboczogodzin, ale za skutek w postaci zapewnienia dostępności metryk oraz zachowania wymaganego poziomu dostępności 99,6% (SLA). Natomiast w przypadku Usług Dodatkowych wynagrodzenie obliczane jest właśnie jako stawka roboczogodziny i to dla tych usług przystępujący IBM przewidział w swojej ofercie stawkę 500 zł netto. Tym samym niezasadne jest odniesienie się w argumentacji odwołującego do ww. stawki w stosunku do Usług Ciągłości Działania. Izba nie znalazła także w treści siwz postanowienia, zgodnie z którym administratorzy mają pracować przez 7 dni w tygodniu 24 godziny na dobę oraz dojeżdżać do Warszawy w przypadku, gdy mieszkają poza nią. W konsekwencji zawarte w odwołaniu obliczenia opierające się na tej stawce i trybie pracy administratorów nie mogą być uznane za prawidłowe.

Również wartość szacunkowa zamówienia nie może sama w sobie świadczyć o zaoferowaniu przez przystępującego IBM rażąco niskiej ceny, ponieważ wartość ta jest wyższa o 11 mln zł nawet od oferty odwołującego, natomiast różnica między ofertą przystępującego IBM a średnią arytmetyczną złożonych ofert wynosi tylko ok. 8%. Powyższe świadczy raczej o tym, że to wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona, gdyż zamawiający ustalał ją w oparciu o ceny uzyskiwane w postępowaniach prowadzonych w trybie z wolnej ręki.

Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień udzielonych przez przystępującego IBM w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a także niezasadność argumentacji podniesionej w odwołaniu, brak jest podstaw, aby stwierdzić, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji należy zauważyć, że zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie odwołujący nie przedstawił dla tego zarzutu samodzielnej argumentacji, ale utożsamiał złożenie oferty z rażąco niską ceną z czynem nieuczciwej konkurencji. Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. O ile w konkretnych stanach faktycznych złożenie oferty z rażąco niską ceną może jednocześnie stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, o tyle co do zasady Ustawodawca przewidział dwie odrębne przesłanki odrzucenia oferty: złożenie oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Tym samym nie zawsze złożenie oferty z rażąco niską ceną jest automatycznie czynem nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowej sprawie Izba nie stwierdziła, aby oferta przystępującego IBM zawierała rażąco niską cenę, tym bardziej nie znajduje podstaw do stwierdzenia, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wykluczenie IBM z powodu polisy

Odnosząc się do zarzutów dotyczących polisy złożonej przez przystępującego IBM, w pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie

odwołujący podniósł w piśmie procesowym z dnia 15 października 2018 r. i na rozprawie argumenty odnoszące się do tego, że z KRS przystępującego IBM nie wynika, aby International Bussines Machines Corp. miał większościowy udział w IBM Polska Sp. z o.o. lub żeby kontrolował IBM Polska Sp. z o.o., jak też podniósł argumenty dotyczące charakterystyki klauzuli ATIMA. Argumenty te w ogóle nie były zawarte w treści odwołania. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego w piśmie procesowym i na rozprawie argumenty dotyczące tego, że z KRS przystępującego IBM nie wynika, aby International Bussines Machines Corp. miał większościowy udział w IBM Polska Sp. z o.o. lub żeby kontrolował IBM Polska Sp. z o.o., jak też dotyczące charakterystyki klauzuli ATIMA, które nie były zawarte w treści odwołania.

Zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Złożone przez przystępującego IBM zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej dotyczy ubezpieczenia grupowego i zawiera wskazanie, że ubezpieczonym jest International Bussines Machines Corp. oraz wszelkie inne jednostki będące własnością ubezpieczonego lub przez niego kontrolowane. Jako dodatkowy ubezpieczony wymieniony jest przystępujący IBM Polska Sp. z o.o. W zaświadczeniu wskazany jest m.in. zakres: „ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu

prowadzenia działalności gospodarczej” z limitem 15.000.000,00 dolarów na każde zdarzenie. Zgodnie z zaświadczeniem polisa obowiązuje od 21 maja 2018 r. do 21 maja 2019 r. Taka treść dokumentu, zdaniem Izby, potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego IBM.

Odnosząc się do argumentów zawartych w odwołaniu, należy stwierdzić, co następuje. W opisie warunku nie było wymogu, aby dokument ubezpieczenia miał zawierać zapis o tym, że obejmuje swoim działaniem terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak też nie było wymogu, aby był sporządzony na określonym druku. IBM Polska Sp. z o.o. jest wskazana w załączniku do zaświadczenia jako dodatkowy ubezpieczony, zatem niezasadny jest zarzut, że przystępujący nie wykazał, „iż rozszerzenia zawarte w polisie obejmują IBM Polska Sp. z o.o.”. W opisie warunku nie było też wymogu, aby dokument ubezpieczenia musiał być wystawiony „w związku z Postępowaniem i realizacją zamówienia”. Dokument dotyczy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej i nie zostały w jego treści wyłączone usługi specjalistyczne, dlatego biorąc pod uwagę powszechnie znany zakres działalności grupy IBM, niezrozumiały jest zarzut, że ubezpieczenie nie dotyczy działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W opisie warunku nie było zresztą wymogu, aby dokument ubezpieczenia musiał wskazywać w swojej treści zakres konkretnego przedmiotu zamówienia. Ponadto odwołujący nie udowodnił, że przewidziany limit został zmniejszony o kwotę wypłaconych odszkodowań, a jedynie wskazuje na ryzyko takiej sytuacji, co samo w sobie nie może być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania (abstrahując od obowiązku wcześniejszego wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Ponadto odwołujący nie tylko nie udowodnił, że limit został zmniejszony, ale tym bardziej nie udowodnił, że został on zmniejszony o taką wartość, że przystępujący nie spełnia warunku bycia ubezpieczonym na kwotę min. 20 mln zł. Jeżeli chodzi o tłumaczenie zaświadczenia przedstawione przez przystępującego IBM, to należy zauważyć, że nie różni się ono co do sensu od tłumaczenia przysięgłego przedstawionego przez odwołującego. Poszczególne zwroty są sformułowane inaczej, ale ogólny sens obu tłumaczeń jest taki sam.

Powyższych ustaleń Izby nie zmienia treść przedstawionej przez odwołującego prywatnej opinii sporządzonej przez dr F. . Należy stwierdzić, że w ww. opinii jej autor kwestionuje:

- e) formę złożenia zaświadczenia, tj. brak poświadczenia za zgodność z oryginałem przez możliwą do zidentyfikowania osobę – zarzut taki nie został zawarty w odwołaniu i wobec powyższego nie podlega rozpoznaniu,
- f) tłumaczenie zaświadczenie – jak wskazano już wyżej tłumaczenie przystępującego IBM jest zgodne z tłumaczeniem przysięgłym złożonym przez odwołującego co do sensu

zawartych w zaświadczeniu informacji,

- g) to, że świadectwo ubezpieczenia nie stanowi dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia – opinia dr F. w tym zakresie jest niezgodna z treścią § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to przepis nie ogranicza rodzaju dokumentów, za pomocą których wykonawca może wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
- h) to, że treść zaświadczenia nie pozwala na ustalenie faktów istotnych dla zbadania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – jak wskazano już wyżej treść zaświadczenia pozwala ustalić, że dodatkowo ubezpieczonym jest przystępujący IBM Polska Sp. z o.o., zakres ubezpieczenia to: „ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej” z limitem 15.000.000,00 dolarów na każde zdarzenie, a polisa obowiązuje od 21 maja 2018 r. do 21 maja 2019 r. Taka treść dokumentu, zdaniem Izby, potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego IBM, zatem twierdzenia autora opinii Izba uznaje za nietrafne.

Reasumując, w zakresie postawionych zarzutów Izba stwierdziła, że przedstawiony przez przystępującego IBM dokument ubezpieczenia jest prawidłowy i nie daje podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W konsekwencji nie ma również podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (ten ostatni przepis dotyczy zresztą postępowań dwuetapowych, zaś niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego). Ponieważ przystępujący IBM spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie zachodzi również przesłanka wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Wykluczenie IBM z powodu niewykazania zdolności technicznej

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zdolności technicznej przystępującego IBM, tj. spełniania przez niego warunku doświadczenia, w pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Jak wskazano już wyżej, z przepisów tych wynika zatem, że zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one

zakreślają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący podniósł w piśmie procesowym z dnia 15 października 2018 r. i na rozprawie argumenty odnoszące się do umowy z dnia 30 grudnia 2013 r. zawartej z Ministerstwem Sprawiedliwości. Argumenty te, jak też sama umowa z Ministerstwem Sprawiedliwości, w ogóle nie były podniesione w treści odwołania. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego w piśmie procesowym i na rozprawie argumenty dotyczące umowy zawartej z Ministerstwem Sprawiedliwości, które nie były zawarte w treści odwołania.

Zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte

wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z § 2 ust. 7 ww. Rozporządzenia jeżeli treść informacji przekazanych przez wykonawcę w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, o którym mowa w art. 10a ust. 1 ustawy, odpowiada zakresowi informacji, których zamawiający wymaga poprzez żądanie dokumentów, w szczególności o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 2 i ust. 4, zamawiający może odstąpić od żądania tych dokumentów od wykonawcy. W takim przypadku dowodem spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji oraz braku podstaw wykluczenia są odpowiednie informacje przekazane przez wykonawcę lub odpowiednio przez podmioty, na których zdolnościach lub sytuacji wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy, w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w opisie warunku zamawiający wskazał, że przez utrzymanie systemu teleinformatycznego należało rozumieć utrzymanie dostępności i ciągłości działania co najmniej systemu operacyjnego oraz węzłów bazy danych, z wyłączeniem serwisowania sprzętu. Zatem zgodnie z siwz, w tym odpowiedziami zamawiającego na pytania wykonawców udzielonymi w piśmie z dnia 11 maja 2018 r. (pytania nr 4, 5 i 9), zamawiający wyłączył z usług utrzymania systemu teleinformatycznego wyłącznie usługi serwisowania sprzętu. Tym samym niezasadne jest powoływanie się przez odwołującego na sposób rozumienia usług utrzymania wskazany w przedstawionej przez niego prywatnej opinii sporządzonej przez dr N., gdyż zakres tych usług należy rozumieć zgodnie z definicją podaną przez zamawiającego, do której zresztą ww. opinia w ogóle się nie odnosi.

Odnosząc się do przedstawionej przez przystępującego IBM umowy nr 8000049268 / P20003S zawartej z ZUS w dniu 31 grudnia 2014 r., która jako jedyna poprzez zakres została zidentyfikowana w odwołaniu, należy zauważyć, co następuje.

Ww. umowa dotyczyła udzielenia licencji wraz ze wsparciem na oprogramowanie systemowo-narzędziowe IBM oraz świadczenie usług wsparcia kodu sterującego GDPS dla środowiska IBM Mainframe w ZUS. Zgodnie z § 1 ust. 2 ww. umowy przedmiotem umowy oprócz udzielenia licencji na określone oprogramowanie oraz świadczenie usług wsparcia oprogramowania przez okres 36 miesięcy, było: „świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług wsparcia kodu sterującego GDPS® (ang. Geographically Dispersed Parallel Sysplex) przez okres 36 miesięcy (od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r.) zapewniających ciągły dostęp do danych i systemów produkcyjnych z/OS, DB2 i IBM System Z (Mainframe) z gwarantowaną dostępnością systemów z/OS i bazy danych DB2 oraz zagwarantowanie dostępności systemu na poziomie nie mniejszym niż 99,6% i czasu

odtworzenia systemu po awarii nie dłuższym niż 6 godzin na warunkach opisanych szczegółowo w niniejszej Umowie oraz w ramach wynagrodzenia określonego w § 12 ust. 1 Umowy". Zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 2 wynagrodzenie za Usługi Wsparcia GDPS zostało określone na kwotę 44.070.574,61 zł brutto. Szczegółowy zakres przedmiotowy Usług Wsparcia GDPS, zgodnie z § 4 ust. 1 umowy, został zdefiniowany w załączniku nr 5 do umowy i wynika z niego, że:

- IBM będzie wykonywał usługi wsparcia Kodu Sterującego GDPS przez okres 36 miesięcy zapewniające ciągły dostęp do danych i systemów z/OS, DB2 i IBM System Z (Mainframe) z gwarantowaną dostępnością systemu operacyjnego z/OS i bazy danych DB2 w ZUS (pkt I, str. 2 załącznika nr 5),
- wykonywane usługi mają zapewnić ciągły dostęp m.in. do z/OS (czyli system operacyjny) oraz do DB2 (czyli węzłów bazy danych) w trybie 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, zgodnie z zasadami określonymi w metryce ZWAPPLX (pkt III ppkt 2 ppkt 2 i 3, str. 5 załącznika nr 5),
- z metryki ZWAPPLX wynika, że zakładana dostępność systemu musi wynosić 99,60% (ppkt 2.2. „Dostępność systemu” w Metryce ZWAPPLX, str. 7 załącznika nr 5).

Również z pkt 1.3. i 1.4. na str. 6 załącznika nr 5 wynika, że zakresem umowy był objęty system operacyjny z/OS oraz podsystem DB2 – DB2P (węzły bazy danych) i że komputer centralny musi posiadać zdolność do obsługi zadań eksploatacyjnych 7 dni w tygodniu, 24 godziny na dobę. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego i protokołami ZUS „Miesięczne Raporty Realizacji Parametrów Metryk”, faktyczny poziom dostępności systemów będących przedmiotem umowy osiągnięty przez IBM to 100% nieprzerwanie przez 36 kolejnych miesięcy. Umowa nr 8000049268 / P20003S obejmowała więc usługi utrzymania systemu teleinformatycznego i zapewnienie dostępności systemu na poziomie co najmniej 99%.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że w opisie warunku zamawiający wymagał wykazania 2 usług, zaś przystępujący IBM wykazał 4 usługi, z czego odwołujący w odwołaniu kwestionuje jedną (ZUS), zaś w piśmie procesowym i na rozprawie – dwie (ZUS i Ministerstwo Sprawiedliwości). Zatem niezależnie od zakresu rozpatrzenia odwołania przez Izbę, nie ma podstaw do stwierdzenia, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, w zakresie postawionych zarzutów Izba stwierdziła, że wykazana przez przystępującego IBM usługa dla ZUS, jak i pozostałe usługi, nie dają podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W konsekwencji nie ma również podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (ten ostatni przepis dotyczy zresztą postępowań dwuetapowych, zaś niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego). Ponieważ przystępujący IBM spełnia

warunek udziału w postępowaniu, nie zachodzi również przesłanka wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Zaniżenie punktacji dla oferty odwołującego w zakresie potencjału kadrowego

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odwołaniu odwołujący wskazał, że wskutek wadliwego sposobu przyznawania punktów przez zamawiającego, nie otrzymał punktów za usługi potwierdzone referencją na str. 205 oferty (treść stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa). Odwołujący dodał, że osoby przez niego wskazane mają doświadczenie w zakresie opisanym przez zamawiającego, co zostało wykazane w sposób zgodny z pkt 7.3.4. siwz i z ustawą Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego przedstawionym na rozprawie referencja zawarta na str. 205 oferty miała charakter jedynie dodatkowy, natomiast doświadczenie osób, których ta referencja dotyczyła, powinno zostać uwzględnione dla celów kryterium na podstawie oświadczeń podpisanych przez odwołującego oraz osoby, których fizycznie te oświadczenia dotyczyły. Zdaniem odwołującego oświadczenia te zostały złożone zgodnie z pkt 7.3.4. ppkt 3 siwz i powinny być podstawą przyznania maksymalnej ilości punktów odwołującemu, niezależnie od treści kwestionowanej przez zamawiającego referencji.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić w świetle treści pkt 7.3.4. siwz i treści jego oferty. Analizując treść oświadczeń złożonych w ofercie odwołującego, należy przyznać rację zamawiającemu, że w zakresie 4 osób (łącznie pełniących 7 funkcji) odwołujący nie przedstawił dowodów, o których mowa w pkt 7.3.4. siwz. Przede wszystkim odwołujący nie złożył dla tych osób oświadczenia podmiotu zamawiającego, na rzecz którego były wykonywane usługi, co było wymogiem podstawowym, traktowanym w siwz jako zasada. Odwołujący nie złożył dla tych osób również pozostałych dopuszczonych jako wyjątki (pkt 7.3.4. ppkt 1-3 siwz) dowodów. W szczególności oświadczenia nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokument z pkt 7.3.4. ppkt 1 siwz, ponieważ świadczenie usług nie odbywało się na infrastrukturze techniczno-systemowej wykonawcy. Oświadczenia nie mogą też być zakwalifikowane jako dokument z pkt 7.3.4. ppkt 2 siwz ze względu na brak w nich oświadczenia, że świadczenie pracy przez daną osobę odbywało się na potrzeby własne pracodawcy / zleceniodawcy. Wreszcie oświadczenia nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokument z pkt 7.3.4. ppkt 3 siwz, ponieważ nie wykazano uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze uniemożliwiającej złożenie innych dowodów dopuszczonych przez zamawiającego.

W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z pkt 7.3.4. ppkt 3 siwz, aby możliwe

było złożenie oświadczenia podpisanego przez daną osobę fizyczną, która świadczyła usługi w wymaganym przez zamawiającego zakresie, konieczne było jednoczesne wykazanie przez wykonawcę, że zaistniała uzasadniona przyczyna o obiektywnym charakterze, z powodu której wykonawca nie jest w stanie przedstawić zamawiającemu innych dopuszczonych przez niego dowodów. Odwołujący na str. 204 oferty złożył oświadczenie, w myśl którego: „Zleceniodawcy nie mieli i nie mają wiedzy na temat zakresu obowiązków poszczególnych osób, przydział osób do zadań i ról oraz zakres świadczonych usług administrowania znajdował się w całości w kompetencji [nazwa spółki] i z tego powodu nie jest możliwe, aby zleceniodawca mógł poświadczyć zakres obowiązków poszczególnych osób”. Należy zauważyć, że tak sformułowana informacja jest tylko oświadczeniem własnym odwołującego, nie popartym żadnym dowodem w postaci choćby oświadczenia autora referencji o tym, że faktycznie nie dysponuje on wiedzą co do osób wykonujących u niego usługi. Abstrahując od tego, że rzadko zdarza się, aby dany podmiot nie posiadał wiedzy co do osób, które pracują na jego infrastrukturze techniczno-systemowej, to oświadczenie własne odwołującego, do którego nie załączono żadnego dodatkowego dowodu, nie może być uznane za „wykazanie” uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. „Wykazanie” oznacza bowiem „udowodnienie”. Tym samym wykonawcy w niniejszym postępowaniu składając oświadczenia podpisane przez osoby fizyczne, których te oświadczenia dotyczyły, musieli się liczyć z koniecznością udowodnienia zamawiającemu, że z uzasadnionej przyczyny o charakterze obiektywnym nie są w stanie przedstawić innego dowodu. Złożenie wyłącznie oświadczenia własnego o tym, że zleceniodawca nie ma wiedzy co do osób wykonujących określone usługi, nie stanowi „wykazania”, o którym mowa w pkt 7.3.4. ppkt 3 siwz.

Tym samym odwołujący nie wykazał za pomocą dopuszczonych przez zamawiającego dowodów, o których mowa w pkt 7.3.4. siwz, że 4 osoby (nazwiska na str. 204 oferty) posiadają wymagane doświadczenie uwzględniane w punktacji w ramach kryterium „doświadczenie zespołu wykonawcy”. W konsekwencji nieprzyznanie ofercie odwołującego punktów w tym zakresie było uzasadnione.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że nawet przyznanie odwołującemu maksymalnej ilości punktów w kryterium „doświadczenie zespołu wykonawcy”, przy niezmienionej liczbie punktów przyznanej ofercie przystępującego, nie wpłynęłoby na ranking ofert i na to, że oferta przystępującego pozostaje najkorzystniejsza.

Zawyżenie punktacji dla oferty IBM w zakresie potencjału kadrowego

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących przyznania przez zamawiającego ofercie przystępującego IBM określonej ilości punktów w kryterium „doświadczenie zespołu wykonawcy”, w pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Jak wskazano już wyżej, z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący dopiero do pisma procesowego z dnia 15 października 2018 r. załączył tabele, w których szczegółowo wskazał, które umowy i z jakiego powodu są przez niego kwestionowane pod kątem przyznania przystępującemu IBM określonej ilości punktów. Ponadto dopiero na rozprawie odwołujący wskazał, że w jego opinii, przedstawiciele niewłaściwych departamentów ZUS podpisywali oświadczenia dotyczące osób wskazanych w ofercie. W związku z tym informacje wynikające z tych tabel, jak też dotyczące podpisów na oświadczeniach, nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego w piśmie procesowym z dnia 15 października 2018 r. szczegółowe informacje wynikające z ww. tabel oraz argumentację dotyczącą podpisów na oświadczeniach, które to informacje i argumentacja nie były zawarte w treści odwołania.

Na marginesie jedynie Izba stwierdza, że zakresem każdej z kwestionowanych przez odwołującego umów objęte były m.in. usługi administrowania, o czym świadczą cytowane przez zamawiającego w opracowaniu własnym postanowienia tych umów (opracowanie złożone na rozprawie). Również na marginesie Izba stwierdza, że zawarty w poświadczeniu osobowym jednej z osób wymienionych w ofercie przystępującego IBM zwrot: „for our benefit” może być również tłumaczony jako: „na naszą rzecz”, co oznacza, że znajdujące się w ofercie tłumaczenie jest prawidłowe.

Niezależnie od powyższego Izba przeanalizowała treść oferty przystępującego IBM,

w tym doświadczenie wskazanych przez niego w kryterium „doświadczenie zespołu wykonawcy” osób, pod kątem zakresu podanych przez przystępującego informacji i dokumentów złożonych na ich potwierdzenie (pkt 7.3.3. i 7.3.4. siwz). Izba nie znalazła uchybień po stronie zamawiającego w zakresie sposobu punktowania oferty przystępującego w tym kryterium.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 5, art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17, art. 90 ust. 3, art. 8 i art. 9 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący