

Sygn. akt: KIO 2182/22

**WYROK
z dnia 8 września 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu

przy udziale wykonawcy Perceptus sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2182/22 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Usługę ochrony stacji roboczych, serwerów plików, wirtualnych stacji roboczych, wirtualnych serwerów przed szkodliwym oprogramowaniem, znak sprawy: PN/13/22/HGEA.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2022 r., o numerze 2022/S 100-277362.

Informacja o wyborze oferty Perceptus sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, zwany dalej Perceptus lub Przystępujący, została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2022 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: bezpieczne.it sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 19 sierpnia 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od następujących niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej ustawą Pzp lub ustawą PZP czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w Postępowaniu tj. :

1) zaniechania odrzucenia i wyboru oferty wykonawcy Perceptus Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zwanego jako „Perceptus” lub „Przystępujący” pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w szczególności w zakresie zamówienia opcjonalnego stanowiącego istotną część zamówienia, a w toku procedury wyjaśniania ceny Perceptus nie wykazał rentowności swojej oferty;

ewentualnie

naruszenia przepisów ustawy PZP poprzez ponowne wezwanie Perceptus do wyjaśnienia ceny z dnia 22 lipca 2022 r. pomimo tego, że ww. wykonawca powinien wyjaśnić swoją cenę ofertową w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 19 lipca 2022 r., a ponowne wezwanie było niezgodną z ustawą próbą ratowania oferty Perceptus;

2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Perceptus pomimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji ceną za zamówienie opcjonalne, poprzez rażące zaniżenie oferty w tej części i złożenie oferty poniżej kosztów co jest działaniem godzącym w słuszne interesy Zamawiającego i innych wykonawców;

3) bezpodstawnego utajnienia w całości lub ewentualnie w części wyjaśnień wykonawcy Perceptus złożonych w toku procedury wyjaśniania ceny, złożonych w odpowiedzi na wezwanie z 12.07.2022 r., oraz 22.07.2022 r., w tym utajnienia załączonych do wyjaśnień dokumentów i uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z 22.07.2022 r. jeżeli w ogóle to uzasadnienie zostało przez ww. wykonawcę sporządzone.

Powyższej czynności Zamawiającego, Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Perceptus pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w szczególności w zakresie zamówienia opcjonalnego stanowiącego istotną część składową Zamówienia a w toku procedury wyjaśniania ceny nie wykazał rentowności swojej oferty;

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu:

naruszenie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 oraz 226 ust.1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, poprzez ponowne wezwanie wykonawcy Perceptus do wyjaśnienia ceny z dnia 22 lipca 2022 r., pomimo tego, że ww. wykonawca powinien wyjaśnić wszystkie wątpliwości w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 12 lipca 2022 r., a ponowne wezwanie należy potraktować jako niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców, w przypadku bowiem kiedy wyjaśnienia złożone przez w. wykonawcę w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były niewystarczające, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Perceptus, a nie dokonywać czynności mających na celu „uratowanie” oferty;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: „ustawa ZNK”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Perceptus pomimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami, wyrażającego się rażącym zaniżeniem ceny za zamówienie opcjonalne, zaoferowaniem ceny poniżej swoich kosztów, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagraża interesowi innych wykonawców oraz samego Zamawiającego, ponieważ nie daje rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia oraz wpływa na sztucznie zaniżenie ewentualnych kar umownych;

3) naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP poprzez bezpodstawne utajnienie całości lub ewentualnie części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Perceptus w ramach procedury wyjaśnienia ceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie z 12.07.2022 r., oraz 22.07.2022 r., w tym utajnieniu wyjaśnień dokumentów do nich załączonych i uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z 22.07.2022 r. jeżeli w ogóle zostało przez ww. wykonawcę sporządzone, a zastrzeżone informacje nie

stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa i/lub ich zastrzeżenie nie zostało w sposób wystarczająco uzasadnione.

W związku z ww. naruszeniami ustawy PZP, Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru wykonawcy Perceptus;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty Perceptus jako zawierającej rażąco niską cenę (ewentualnie pominięcie wyjaśnień złożonych na skutek niezgodnego z ustawą PZP ponownego wezwania do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2022 r. i odrzucenie oferty ww. wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę);
- 4) odrzucenie oferty Perceptus jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 5) odtajnienie w całości lub części dokumentów zastrzeżonych przez Perceptus jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 6) wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że Perceptus złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę, w szczególności ww. Wykonawca zaniżył istotną część składową zamówienia tj. usług objętych zamówieniem opcjonalnym.

Stwierdził, że analiza złożonych ofert wskazuje, że oferta Perceptus w zakresie zamówienia opcjonalnego jest zaniżona i nie daje rękojmi prawidłowego wykonania Zamówienia.

Powołał się na okoliczność, że każdy z wykonawców wycenił część opcjonalną w wysokości od 3,5 mln do 5 mln. Natomiast wykonawca Perceptus za część opcjonalną zaoferował 588 000 złotych. Szacunkowa wartość została oszacowana na ok. 5 mln złotych.

Z powyższego Odwołujący wnioskował, że oferta Perceptus w zakresie zamówienia opcjonalnego, jest absolutnie nierynkowa i nierealistyczna.

Zwrócił również uwagę, że Odwołującemu nie zostały udostępnione wyjaśnienia ceny złożone w toku postępowania na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Zauważył, że przedmiot zamówienia został podzielony na część podstawową i opcjonalną, które się od siebie różnią, bowiem zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne należy potraktować jako dwie odrębne istotne części zamówienia.

Wyjaśnił, że w zakresie zamówienia podstawowego, przedmiotem zamówienia jest usługa ochrony stacji roboczych, serwerów plików, wirtualnych stacji roboczych, wirtualnych serwerów przed szkodliwym oprogramowaniem dla co najmniej 85000 stacji roboczych i serwerów oraz dla co najmniej 65000 użytkowników Resortu Finansów. Zamówienie podstawowe obejmuje Usługę ochrony stacji roboczych, serwerów plików, wirtualnych stacji roboczych, wirtualnych serwerów przed szkodliwym oprogramowaniem.

Natomiast, zaznaczył, że w ramach prawa opcji przedmiot zamówienia został opisany z zupełnie inny sposób. Zakresem opcjonalnym została objęta usługa (typu EDR) wykrywania i reagowania na podejrzane aktywności na urządzeniach końcowych z systemem operacyjnym Microsoft Windows, nawet jeżeli System ochrony stacji roboczych jeszcze nie wykrył szkodliwego oprogramowania, a jedynie rozpoznał typowe dla danego malware działania, dla co najmniej 85000 stacji roboczych i serwerów oraz dla co najmniej 65000 użytkowników Resortu Finansów, W każdym z ww. zadań wykonawca wykona Projekt wdrożenia Usługi oraz Dokumentację wdrożeniową.

Wskazał, że z techniczno-organizacyjnego punktu widzenia oba zadania obejmują prace projektowe wdrożeniowe i utrzymaniowe na środowisku informatycznym zamawiającego obejmującego obszarowo cały kraj oraz 85000 stacji roboczych i serwerów oraz 65000 użytkowników Resortu Finansów. Co stanowi wyzwanie techniczne i logistyczne bowiem zadanie obejmuje nie tylko zbudowanie centralnego systemu zarządzania, ale konieczna jest ingerencja (instalowanie specjalnego agenta programowego na każdym z komputerów i serwerów).

Wyjaśnił, że w ramach nowego postępowania Zamawiający w OPZ opcji dopuścił realizację usługi w oparciu o różne produkty spełniające wymagania opisane w OPZ.

Jednocześnie – zdaniem Odwołującego - Wykonawca Perceptus, który obecnie wykonuje usługę o charakterze zamówienia podstawowego ma w zakresie zamówienia podstawowego ułatwione zadanie.

Argumentował, że inna jest sytuacja w przypadku zamówienia opcjonalnego z tego powodu, że wykonawca Perceptus musi wdrożyć zupełnie nowy produkt z funkcjonalnościami EDR. Nowy system nosi nazwę ESET EP ENTEPRISE OP, jego głównym modułem jest ESET Enterprise Inspector. Cały produkt ESET EP ENTEPRISE OP ma inną architekturę, wymaga oddzielnych wydajnych serwerów, sprzętu i oprogramowania

bazodanowego. Nigdy nie był wdrażany u Zamawiającego, a ponadto nie istnieją dotychczas wdrożenia tego produktu na podobną skalę.

Wskazał, że strona wsparcia technicznego producenta zatrzymuje się na ilości 5000 użytkowników i dobór właściwej mocy obliczeniowej serwerów wymaganych do obsługi środowiska EDR dla 85 000 użytkowników jak i dobór ilości licencji na środowisko bazodanowe wymagane przez ten produkt może sprawiać problemy.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający wymagał w zakresie zamówienia podstawowego i opcjonalnego oddzielnych systemów, odrębnej licencji, odrębnego wdrożenia, szkolenia i testów akceptacyjnych.

Zwrócił uwagę, że w odpowiedziach na pytanie z dnia 17.06.2022 Zamawiający udzielił odpowiedzi na bardzo ważne pytanie wykonawcy:

„Pytanie nr 4: Tom III SWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, I. Przedmiot zamówienia pkt1 i pkt 2: Ponieważ aktualnie dostępne na rynku systemy do ochrony stacji końcowych łączą w sobie funkcjonalności ochrony stacji roboczych i EDR w ramach jednej konsoli i licencji dając w ten sposób maksymalną pełną ochronę środowiska informatycznego wnioskujemy o połączenie zamówienia podstawowego z zamówieniem prawa opcji w jedną całość. Połączenie to pozwoli Zamawiającemu na otrzymanie nowoczesnego systemu do ochrony stacji końcowych w ramach budżetu zamówienia podstawowego.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia treści SWZ w tym zakresie.”

Mając na uwadze powyższe, według Odwołującego - część opcjonalna to istotna część składowa zamówienia, a zniżenie ceny w zakresie części opcjonalnej powinno skutkować odrzuceniem oferty Perceptus.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający powinien badać rażąco niską cenę nie tylko w kontekście całej oferty, ale również w kontekście zamówienia podstawowego i opcjonalnego oddzielnie, ze względu na to, że to są odrębne istotne części składowe zamówienia.

Zauważył, że oferta Perceptus, a w szczególności jej istotna część w postaci zamówienia opcjonalnego została wyceniona w sposób nierealny.

Odwołujący podniósł, że to na wykonawcy, w odniesieniu do którego zaistniało podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty, ciąży obowiązek wykazania, że cena ta nie jest rażąco niska, lecz jest realna, rynkowa oraz że zapewnia zarówno wykonanie zamówienia w sposób zgodny z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, jak również osiągnięcie zysku przez Wykonawcę.

W ocenie Odwołującego - 7-10 krotnej różnicy w cenie za zamówienie opcjonalne nie da się w sposób racjonalny wyjaśnić.

Za niedopuszczalną Odwołujący potraktował możliwość skierowania do Przystępującego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 lipca 2022 r.

Zdaniem Odwołującego - nowe wyjaśnienia złożone na podstawie ponownego wezwania nie powinny być brane przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie rentowności ofert Perceptus.

Przyznał, że dysproporcja cen zachodząca pomiędzy ofertami konkurentów jest co do zasady zjawiskiem normalnym (mieszczącym się w granicach normalnej konkurencji czy strategii cenowej poszczególnych wykonawców), o tyle niedopuszczalne już jest (jako wykraczające poza te granice) „przenoszenie” kosztów pomiędzy istotnymi częściami składowymi zamówienia.

Według Odwołującego - zaferowanie zamówienia opcjonalnego 7-10 krotnie tańszego od warunków rynkowych jest czynem nieuczciwej konkurencji określonym w art. 3 ust. 1 ustawy ZNK.

Wskazał, że zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Dalej wywodził, że w ust. 2 powołanej jednostki redakcyjnej (artykułu 3 ustawy ZNK) wymienione zostały konkretne zachowania, które ustawodawca do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zalicza. Zachowania te zostały zdefiniowane w przepisach art. 5 – 17d ustawy ZNK.

Podniósł, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy ZNK, do której odsyła ustawa PZP, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy,

które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d ustawy ZNK). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Zauważył, że działanie Perceptus polegające na zaoferowaniu Zamawiającemu ceny za zamówienie opcjonalne na poziomie nieuwzględniającym rzeczywistych kosztów, jakie w związku z tą usługą wykonawca ten będzie ponosił, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, i działaniem ukierunkowanym przeciwko interesom wykonawców i samego Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego - jednym z czynów nieuczciwej konkurencji jest manipulowanie kosztami, by wyeliminować z rynku konkurencyjnych przedsiębiorców, np. zawyżając oczekiwane płatności mające miejsce w początkowej fazie realizacji zamówienia czy obniżając ceny z fazy ostatniej.

Według Odwołującego - dobre obyczaje kupieckie narusza ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności, otrzymać najwyższą punktację.

W opinii Odwołującego - niedopuszczalne jest zastosowanie przez Perceptus przerzucenia kosztów pomiędzy odrębnymi istotnymi częściami składowymi zamówienia w ten sposób, że kształtowana jest w zakresie zamówienia opcjonalnego cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna.

Przekonywał, że działanie ww. wykonawcy ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla Zamawiającego, jak i innych wykonawców. Takie postępowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, i nie mogą realnie konkurować z wykonawcą.

Przyjęty przez Perceptus sposób wyceny oferty nie został oparty na adekwatności wzajemnych świadczeń.

Wywodził, że szacowanie ryzyka jest elementem biznesu każdego racjonalnego dostawcy i nie należy pomijać tego aspektu w postępowaniach publicznych. Sam Zamawiający podejmuje wszelkie działania aby minimalizować ryzyko wdrożeniowego fiaska, wymaga projektu, który ma akceptować, testów akceptacyjnych, które mają przekonać go o spełnieniu oczekiwań i szkoleń co świadczy o jego profesjonalizmie i dokładnie biznesowym podejściu do wdrożenia. Ryzyko szacuje także wykonawca świadomy skali przedsięwzięcia, pracy do wykonania co przy racjonalnie zachowanej metodzie adekwatności bez zanizania kwoty przeznaczonej na prawo opcji również ma znaczenie, a to chociażby takie, że musi przewidzieć zdarzenia czy komplikacje niosą ze sobą ryzyko kar. W niniejszym postępowaniu Perceptus minimalizuje to ryzyko, w taki sposób iż cena rażąco niskiej opcji, we wdrożeniu niezwykle skomplikowanym powoduje, iż ewentualne kary wyszczególnione w umowie, a dotyczące prawa opcji stają się wręcz symboliczne, co musi mieć siłą rzeczy przełożenie na cenę ofertową uwzględniającą wszystkie zdarzenia możliwe do przewidzenia.

Dla porównania kara dzienna, we wszystkich racjonalnie złożonych ofertach to blisko przedział 10.000,00 zł -12.000,00 zł dla Peceptusa to 1000,00 zł.

Gdyby intencją Zamawiającego było zlekceważenie podziału na prawo opcji i zakres podstawowy zamówienia wyraziłby on zgodę na połączenie zamówienia podstawowego z zamówieniem prawa opcji w jedną całość.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający oczekiwał podziału według specyfikacji, a zatem Wykonawca składający ofertę w poszanowaniu woli Zamawiającego i kierujący się lojalnością kupiecką winien adekwatnie do kosztów złożyć ofertę, bez zawyżania czy zmniejszania poszczególnych zakresów.

W dalszej kolejności, Odwołujący podkreślił, że każdy wykonawca, decydując się na wzięcie udziału w postępowaniu jednocześnie musi zdecydować się na poddanie się regułom transparentności (przejrzystości), które nie obowiązują w zwykłym niepublicznym obrocie lub jego stosunkach wewnętrznych. Zatem na gruncie zamówień publicznych nie jest wystarczająca jego chęć zachowania oferty lub jej elementów w poufności, przeczy to bowiem konieczności zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, której bezpośrednio służy jawność postępowania, w tym dokumentacji składanej przez konkurentów.

Zwrócił uwagę, że prawo utajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dopuszczalne jest, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego - Perceptus nie wykazał i nie uzasadnił, że zastrzeżone przez niego dokumenty mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ZNK.

Odwołujący zauważył, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający zaniechał odtajnienia:

- wyjaśnień złożonych przez Perceptus w ramach procedury z art. 224 ust. 1 ustawy PZP;
- załączników do tych wyjaśnień;
- uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jeżeli była dołączana w zakresie odpowiedzi na uzupełniające wezwanie do wyjaśnienia ceny z 22 lipca 2022 r.

Zarzucił, że Perceptus złożył uzasadnienie utajnienia informacji co do pierwszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, że pomimo obszerności tego uzasadnienia jest to dokument ogólnikowy, lakoniczny, uniwersalny – przypuszczalnie ww. wykonawca stosuje ten sam wzór pisma do każdego postępowania.

Zaznaczył, że sam wykonawca Perceptus udostępnił swoją ofertę Zamawiającemu w toku szacowania wartości zamówienia.

W ocenie Odwołującego - fakt ten przesądza o tym, że zastrzeżone informacje lub ich znaczna część nie spełnia wymogom art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

Zdaniem Odwołującego - zastrzeżone informacje bądź ich część jest znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo jest łatwo dostępne dla takich osób.

Wyklucza to nadanie zastrzeżonym dokumentów lub ich części przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa.

W przekonaniu Odwołującego - zamieszczenie przez Perceptus niepodpisanego wzoru umowy o nieujawnianiu informacji czy też zobowiązania o zachowaniu poufności nie może być traktowane jako udowodnienie, podjęcia starań do zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów. Uzasadnienie tajemnicy sporządzone przez Perceptus markuje rzekome podejmowanie działań w tym zakresie.

Zamawiający nie może bezrefleksyjnie przyjmować każdego zastrzeżenia. Zamawiający każdorazowo powinien badać okoliczności podniesione przez wykonawcę zasłaniającego się własną tajemnicą i dopiero po przeprowadzeniu takiego badania podejmować decyzję o ograniczeniu zasady jawności.

W ocenie Odwołującego - zachowanie Perceptus oraz Zamawiającego nie ma nic wspólnego z uzasadnionymi przypadkami utrzymania poufnych informacji w tajemnicy. Zabiegi Perceptus służą jedynie utrudnieniu weryfikacji przedłożonych w toku procedury z art. 224 ust. 1 ustawy PZP dokumentów.

Wykonawca Perceptus zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 2 września 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, pism Zamawiającego z dnia 12 i 22 lipca 2022 r. wzywających do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 19 i 26 lipca 2022 r. wyjaśniających rażąco niską cenę wraz załączonymi dowodami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 2 września 2021 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 2 września 2022 r. i pisma procesowego Odwołującego z dnia 4 września 2022 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp w związku z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz 226 ust.1 pkt 7 i pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z rażąco niską ceną.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut złożenia przez Przystępującego oferty zawierającej rażąco niską ceną.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że ranking cenowy (w cenach brutto) w przedmiotowym postępowaniu przedstawiał się następująco:

- 1) Perceptus sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze 6 468 000,00 zł w tym:
Zamówienie podstawowe 5 880 000,00 zł;
Prawo opcji 588 000,00 zł,
- 2) Chaos Gears S.A. z siedzibą w Warszawie 13 086 984,00 zł w tym:
Zamówienia podstawowe 8 137 992,00 zł;
Prawo opcji 4 948 992,00 zł,
- 3) Odwołujący 7 512 864,60 zł w tym:
Zamówienia podstawowe 2 977 830,00 zł;
Prawo opcji 4 535 034,60 zł,
- 4) Prosystem S.A. z siedzibą we Wrocławiu 13 018 320,00 zł w tym:
Zamówienia podstawowe 8 073 720,00 zł;
Prawo opcji 4 944 600,00 zł,
- 5) Comtegra S.A. ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa 11 698 530,00 zł w tym:
Zamówienia podstawowe 8 130 300,00 zł;
Prawo opcji 3 568 230,00 zł.

Izba stwierdziła również, że wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w wysokości 8 138 429,23 zł brutto dla zamówienia podstawowego i 4 949 660,37 zł brutto dla zamówienia z prawa opcji.

Bezsporna pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym a Odwołującym była okoliczność, że Zamawiający mógł przeprowadzić postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jednocześnie z ust.2 powołanego wyżej przepisu wynika, że w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, 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.

Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach takie postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę przeprowadził, a Przystępujący wezwany do takich wyjaśnień zastosował się do niego przedkładając żądane wyjaśnienia wraz z dowodami.

W następstwie tego wezwania Przystępujący pismami z dnia 12 i 22 lipca 2022 r. załączył dowody w postaci szczegółowej kalkulacji poszczególnych składników zawierających ceny jednostkowe wraz z oświadczeniami, ofertami z rynku i z umowami o pracę, które miały na celu obalenie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba uznała, że tak przedstawiona przez Przystępującego szczegółowa kalkulacja cenowa oraz załączone oświadczenia i oferty z rynku stanowiły dowody mogące obalić domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny.

Przy czym stosownie do art.226 ust.5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego oraz załączonej szczegółowej kalkulacji, Izba doszła do przekonania, że były one wystarczające do udowodnienia braku wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny.

Izba oparła się w tym zakresie na ofercie z dnia 13 czerwca 2022 r. autoryzowanego partnera ESET będącego producentem oprogramowania, potwierdzającego zaoferowaną przez Przystępującego cenę za licencję ESET PROTECT Entry On-Prem zawierającą ochronę EDR, co potwierdziło istnienie wyjątkowo korzystnych warunków wykonania usługi, o których mowa w art.224 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, wyjaśnienia Przystępującego zawierały kalkulację składowych ceny pozwalających na ocenę kosztów objętych wątpliwościami Zamawiającego.

Ponadto, różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego i Odwołującego w zakresie zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji była wynikiem braku zaoferowania przez tego pierwszego sprzętu w ramach prawa opcji i w konsekwencji nieponoszenia przez niego dodatkowych kosztów, które miałyby wpływ na ostateczne ukształtowanie ceny.

Izba w powyższym zakresie ustaliła, że Zamawiający w rozdziale II Tomu III Opis przedmiotu zamówienia – SWZ ustanowił Wymagania w zakresie świadczonej Usługi, gdzie w pkt 1 ppkt 1.1. postanowił, że Wykonawca zagwarantuje w ramach zamówienia podstawowego: możliwość korzystania z rozwiązania typu On-Premises; W celu zapewnienia funkcjonowania Usługi w modelu On-Premises Wykonawca dostarczy min. 4 serwery fizyczne do siedziby Zamawiającego.

Z powyższego postanowienia SWZ – w ocenie Izby - wynika jednoznacznie, że Zamawiający przewidział element dostawy ściśle w ramach zamówienia podstawowego, co do której części Odwołujący nie sformułował zarzutu.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w pkt 2 ppkt 2.1. rozdziału II Tomu III Opis przedmiotu zamówienia – SWZ przewidział, że Wykonawca zapewni w ramach prawa opcji Oprogramowanie typu EDR, które zagwarantuje: możliwość korzystania z rozwiązania typu On-Premises; W celu zapewnienia funkcjonowania Usługi w modelu On-Premises

Wykonawca dostarczy do siedziby Zamawiającego Sprzęt o parametrach zdefiniowanych przez producenta Oprogramowania w celu zapewnienia prawidłowego działania Usługi.

Według zapatrywania Izby – wbrew temu co twierdził Odwołujący, powyższe postanowienia mają to znaczenie, że wykonawcy mieli dostarczyć sprzęt w ramach zamówienia podstawowego lub zamówienia z prawa z opcji, który odpowiada wymaganiom producenta oprogramowania dla zapewnienia usługi z prawa opcji.

Przy czym Zamawiający nie przesądził podobnie jak to miało miejsce w pkt 1 ppkt 1.1. rozdziału II Tomu III Opis przedmiotu zamówienia – SWZ, że wykonawca dostarczy określoną ilość serwerów fizycznych, wobec czego należało przyjąć, że jeżeli takiego wymogu Zamawiający nie ustanowił, to zapewnienie sprzętu w inny sposób, niezbędnego do realizacji zamówienia z prawa opcji było wystarczające.

Dodatkowo, dowody Przystępującego nr 1 i nr 2 zawierające oświadczenia Dagma sp. z o.o. z dnia 1 września 2022 r. potwierdzają okoliczności prawidłowego skalkulowania kosztów usługi z prawa opcji zgodnie z powyższą wykładnią powołanych wyżej postanowień SWZ.

Mając na uwadze powyższe poglądy Izby wymaga wskazania, że rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną o cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zaś powyższe wyjaśnienia Przystępującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za wiarygodną cenę rynkową.

W takim przypadku Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 224 ust.6 ustawy Pzp, który stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania pozostałych zgłoszonych zarzutów odwołania wymaga zauważenia, że w postępowaniu odwoławczym dotyczącym sprawy zamówienia publicznego zastosowanie ma art.8 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o

udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosując powyższe odesłanie na grunt przepisów kodeksu cywilnego - w przekonaniu Izby - rzeczą Odwołującego jest przeprowadzenie onus probandii wynikającego z art.6 kodeksu cywilnego, który to przepis przewiduje, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Zdaniem Izby – gołosłowne są zarzuty Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

Argumentacja Odwołującego odnosząca się do porównania ceny oferty Przystępującego z innymi ofertami w zakresie zamówienia z prawa opcji – w przekonaniu Izby – jest chybiona z powodu nieprzeprowadzenia przez Odwołującego dowodu w tym zakresie.

Izba w tym względzie nie mogła oprzeć się na opiniach prywatnych nr 1-3 przedłożonych przez Odwołującego uznając, że osoba je sporządzająca jest jego współpracownikiem (dowód zaświadczenie z dnia 10 maja 2019 r. Autoryzowanego Centrum Szkoleniowego Dagma), a zatem nie ma ona przymiotu bezstronności.

Z tych powodów, a także z braku odpowiednich dowodów procesowych, Izba nie mogła przyjąć, że w jakikolwiek sposób doszło do manipulowania cenami. To samo dotyczy założeń Odwołującego odnoszących się do zarzutu przenoszenia przez Przystępującego kosztów pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia.

Odwołujący poza własnymi przypuszczeniami wyprowadzonymi z błędnej przesłanki, że przy każdym zamówieniu będzie otrzymywał od dystrybutora podobne ceny za poszczególne licencje nie przedstawił w tym względzie żadnego dowodu świadczącego o takich okolicznościach, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje na istnienie takich różnic cenowych w ofercie dla Odwołującego i Przystępującego.

Złożona przez Przystępującego oferta nie mogła stanowić również czynu nieuczciwej konkurencji z tego powodu, że wykonawca ten otrzymał wyjątkowo korzystną cenę za licencje, z powodu odpowiednio wysokiego woluminu zakupowego, która to praktyka w obrocie powszechnym jest dopuszczalna i nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami czy etyką kupiecką.

Ostatecznie Izba, uznała, że zastrzeżenie przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane przy zastosowaniu przesłanek z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przekonaniu Izby - informacje zawarte w wyjaśnieniach i kalkulacji mają dla Przystępującego wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione przez niego do publicznej wiadomości poza tymi, które już ujawnił Zamawiający, a także zostały wobec tych informacji podjęte środki zabezpieczające przed nieuprawnionym ich ujawnieniem.

Według zapatrywania Izby – oczekiwanie przez Zamawiającego złożenia innych bardziej obszernych dowodów uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiłoby wymóg nadmiarowy.

Reasumując, na zasadzie art.18 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

W takim przypadku w myśl ust.3 powołanego wyżej przepisu prawa nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

W opinii Izby - z przytoczonych wyżej przepisów, należy wnioskować, że w oparciu o dokonane przez Odwołującego zastrzeżenie, Zamawiający nie miał podstawy prawnej do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na marginesie należy zaznaczyć, że Odwołujący również swoje wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny zastrzegł, a także dokonał takiego zastrzeżenia wobec niektórych złożonych w postępowaniu odwoławczym dowodów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....