Sygn. akt KIO 3003/20

WYROK
z dnia 2 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 2 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020r. przez odwołującego: **IND M. A. z Warszawy** (ul. Zgrupowania AK "Żmija" 15/197, 01-875 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kancelaria Sejmu w Warszawie** (ul. Wiejska 4/6/8, 00-902 Warszawa),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **IND M. A. z Warszawy** (ul. Zgrupowania AK „Żmija" 15/197, 01-875 Warszawa) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

……

Sygn. akt KIO 3003/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: IND M. A. z Warszawy (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Kancelaria Sejmu w Warszawie, którego przedmiotem jest: „Dostawa przełączników sieciowych". Numer referencyjny: BIT/3021 - 53/20/AMW Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE. nr 2020/S 167-403058 w dniu 28.08.2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu przepisów ustawy Pzp wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy IT Arte Sp. z o. o. Sp. K. (wykonawca IT Arte), który to wykonawca złożył ofertę niezgodną z SIWZ oraz ofertę z rażącej niską ceną, jak również nieskutecznie zastrzegł wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, których Zamawiający nie ujawnił. Zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty IT Arte pomimo, iż wykonawca nie opisał konkretnie i zgodnie z SIWZ przedmiotu oferty;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty IT Arte pomimo, że zawiera rażąco niską cenę a wykonawca nie złożył na wezwanie wystarczających wyjaśnień i dowodów;
3. art. 8 ustawy Pzp - zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniu z dnia 12 i 19.10.2020 r., pomimo że wykonawca nieskutecznie zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej IT Arte; (2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz dokonanie odtajnienia wyjaśnień z 12 i 19.10.2020 r. złożonych przez ww. wykonawcę w7raz z ofertą dystrybutora Ingram Micro; (3) nakazanie odrzucenia oferty IT Arte z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ oraz z uwagi na to, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, łecz na skutek zaniechania czynności wskazanych w niniejszym środku ocltrony prawnej oferta Odwołującego została sklasyfikowana dopiero na trzecim miejscu w rankingu ofert. Tym samym Odwołujący na skutek bezprawnych działań Zamawiającego został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co spowoduje możliwość poniesienia przez niego wymiernej szkody. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów wskazał:

I. zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ

Wykonawca IT Arte wskazał w ofercie nieprecyzyjne oznaczenie oferowanych przełączników, niezgodnie z wymogami Zamawiającego.

Zarówno w formularzu oferty, jak i w załączniku nr 1a i 2a wskazano, że wykonawca oferuje przełącznik TBM/SAN64B6/FC switch. Stanowi to oznaczenie określonej grupy produktów. Natomiast wymogiem SIWZ (w tabe formularza oferty oraz załącznika 1a i 2a) było, aby wykonawca podał producenta, markę, model, typ a nie jedynie oznaczenie rodziny produktów.

Z podanego oznaczenia nie wynika jaki faktycznie model oferuje wykonawca. W przedstawionej grupie produktów mieszczą się bowiem 2 urządzenia: 1. TBM/SAN64B6/FC 8960 F64; 2. IBM/SAN64B6/FC 8960 N64

Modele te różnią się zasadniczo 'kwestią kierunku nawiewu powietrza i tylko model IBM/SAN64B6/FC 8960 N64 spełnia wymagania OPZ.

DOWÓD 1: wydruk wraz z tłumaczeniem ze strony: (…)

Z załączonego wydruku wynika, że w ofercie IBM są dwa modele F64 i N64 i jest opisane czym konkretnie się różnią te modele.

DOWÓD 2: wyciąg z przewodnika użytkownika dla IBM/SAN64B6/FC 8960 wraz z tłumaczeniem

Z załączonego wyciągu przewodnika wynika jednoznacznie (s. 22), że w rodzinie produktów IBM/SAN64B6/FC 8960 występują dwa modele urządzenia. W tabeli nr 1 Macierz numerów produktów i modeli firm Brocade i IBM oznaczony jest typ maszyny; 8960 i modele F64 i N64. Są to więc informacje, których nie określono ani w formularzu oferty ani w żadnym innym miejscu ofertą IT Arte. Informacje, których brakuje w ofercie nie mogą zostać uzupełnione, gdyż. stanowią treść oferty w rozumieniu przedmiotowym, a co za tym idzie poszerzenie oferty o oświadczenie w przedmiocie modelu

należałoby uznaje za niedozwoloną, zmianę, oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 zd 2 ustawy Pzp. Zamawiający nic mając również wiedzy na temat tego jaki model konkretnie oferuje wykonawca nie może dokonać poprawy w7 tym zakresie. Ponadto, nie jest to żadna z okoliczności poprawy wynikająca z przepisów ustawy, która umożliwiałaby sanowanie oferty w tym zakresie. Informacje zawarte w treści oferty nie pozwalają na ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy do co oferowanego modelu, a tym samym uniemożliwiają weryfikację przedmiotu oferty. Kwestia przedmiotu oferty może pozostawać w sferze domysłów Zamawiającego i nie powinna budzić wątpliwości wykonawców. Za treść oferty uznaje się bowiem zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz Zamawiającego oznaczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadczenia, w ilości, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 KC w związku 2 art. 14 Pzp, przybiera postać oświadczenia złożonego w formie pisemnej, zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W orzecznictwie, stwierdza się zaś, że treścią oferty jest nie tylko treść wynikająca expllcite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, co może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ gdyż - co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (np. KIO 2739/17 KIO 2110/18). Zgodnie z utrwalonymi poglądem doktryny i orzecznictwa, ogólne oświadczenie wykonawcy o spełnianiu wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia zawarte w formularzu oferty, nie może zostać uznane za potwierdzenie spełnienia wymagań tam określonych, gdy nie potwierdzają tego szczegółowe treści zawarte w ofercie. Ponadto, istotne jest, że wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia są związani ofertą, a zatem także tym, jaki przedmiot zamówienia zaoferowali. Wobec tego, że wszelkie procedury wyjaśniające prowadziłyby do zmiany treści oferty i jako takie są nielegalne wnoszę o dokonanie odrzucenia oferty IT Arte jako niezgodnej z SIWZ.

II.zarzut rażąco niskiej ceny

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych brak wyjaśnień rażąco niskiej ceny skutkuje odrzuceniem oferty. W wyjaśnieniach z 12.10.2020 r. zostało zawarte jedynie oświadczenie wykonawcy, że zaoferowana przez niego cena jest ceną, która pozwala osiągnąć satysfakcjonujący zysk co de facto nie stanowi żadnych wyjaśnień. Wykonawca w złożonych w dniu 12,10 wyjaśnieniach wskazał jedynie na ceny oferowane Zamawiającemu bez powołania jakichkolwiek okoliczności dotyczących kosztów zakupu urządzeń czy kosztów wynagrodzenia osób wykonujących usługi serwisowe. Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności: w przypadku wyjaśnień odnoście ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny - przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie*, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie – załączenie dowodów. Samo oświadczenie wykonawcy, że cenę obliczono prawidłowo, nie można uznać za tożsame ze złożeniem wyjaśnień Pomimo, iż wykonawca nie wskazał w pierwszych wyjaśnieniach jakichkolwiek danych co do wyliczenia kosztów wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający dokonał ponownego wezwania wykonawcy, co w ocenie Odwołującego było nieuprawnione. Nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach przewidzianych przez art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych odrzucenie oferty wykonawcy jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie nieuzasadnionym formalizmem. Przepis art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, nie pozostawiającym żadnego pola do swobodnej interpretacji. W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby drugi raz wezwać do złożenia wyjaśnień - jest to możliwie wówczas, kiedy pierwsze wyjaśnienia nie są jednoznaczne, względnie Zamawiający oczekuje doprecyzowania niektórych zagadnień. Jednak drugie wezwanie jest .nieuprawnione w sytuacji, kiedy w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone. Akceptacja takiej możliwości prowadziłaby do przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, co w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej jest niedopuszczalne (np. KIO 2374/16). Brak złożenia wyjaśnień (za wyjaśnienia nie może być uznane złożenie w zakreślonym wezwaniem terminie jakiegokolwiek pisma o jakiejkolwiek treści) jest bezwzględną przesłanką do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny. Oczywiście „zasada jednokrotnego wezwania" nie została sformułowana w przepisach Prawa zamówień publicznych, jednak, nieuprawnione jest wzywanie wykonawcy „do skutku", bez uprawnionych ku temu podstaw, a wręcz wbrew obowiązującym przepisom, narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

III.Zarzut niezasadnego zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 12 i 19.10.2020 r. jako tajemnica przedsiębiorstwa

Wykonawca złożył w dniu 12.10.2020 r. wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny jednak, wedle wiedzy Odwołującego me złożył wraz z ww. wyjaśnieniami uzasadnienia dotyczącego

zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca zawad w piśmie właściwie kilka zdań na temat tego, że wyjaśnienia są tajemnicą przedsiębiorstwa. Pomimo to, Zamawiający na wezwanie Odwołującego przekazał jedynie część tych wyjaśnień bez wskazywania niektórych informacji. Z kolei wyjaśnienia złożone w dniu 19.10.2020 r. zostały wprawdzie opatrzone wyjaśnieniem co do tajemnicy przedsiębiorstwa jednak wykonawca uczynił to nieskutecznie. Wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę, musi już przy pierwszej czynności przekazania informacji zastrzec je poprzez wykazanie wszystkich przesłanek. Jeśli tego nie uczyni, tak jak w niniejszym postępowaniu nie może następnie powoływać się na późniejsze zastrzeżenie (tu z 19.10.2020 r.) bowiem dane te zostały ujawnione już wcześniej. Jak wskazuje ustawia z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.) w art. 11 w ust. 2 ww. przepisu „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Definicja ta została zmieniona w wyniku nowelizacji ww. ustawy, która weszła w życie 04.09.2018 r. Ustawa zmieniająca, tj. ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2018 poz. 1637) miała na celu implementację do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UH) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 roku w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem. Podstawowym założeniem dyrektywy było ustanowienie minimalnego standardu w zakresie zasad ochrony informacji poufnych przedsiębiorstwa jako narzędzia zarządzania konkurencyjnością oraz innowacyjnością. Poziom ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich nie może być niższy niż określony w dyrektywie, w związku z czym przyjęte w dyrektywie cele mają zmierzać do pełnego ujednolicenia ustawodawstw państw Unii Europejskiej. Dyrektywa nr 2016/943 przewiduje przede wszystkim wprowadzenie ujednoliconej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przepisów dotyczących' ochrony przed nieuprawnionym pozyskaj!

i cm tajemnicy przedsiębiorstwa przez inne osoby, jak wynika bowiem z motywu 8 dyrektywy „Różnice między państwami członkowskimi pod względem ochrony prawnej tajemnic, przedsiębiorstwa oznaczają, że tajemnice przedsiębiorstwa nie są objęte ochroną w równoważnym stopniu w całej Unii, co prowadzi do rozdrobnienia rynku wewnętrznego w tej dziedzinie i do osłabienia ogólnego efektu odstraszającego, jaki powinny mieć odnośne przepisy.'5. Dlatego też jak określono w motywie 14 dyrektywy „Należy przyjąć jednolita^ definicję tajemnicy przedsiębiorstwa bez ograniczania zakresu ochrony przed przywłaszczeniem. Taka definicja powinna zatem być sformułowana w sposób uwzględniający know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach, w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i. uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana. Dla zrozumienia kierunku zmian w samym ! definiowaniu pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa" duże znaczenie ma Porozumienie w sprawne handlowych aspektów praw własności intelektualnej — załącznik 1C do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu, sporządzone w Marakeszu w dniu 15.04.1994 r., (Dz. Urz. U U L 336 z 23.12.1994, s, 214—233, polskie wydanie specjalne: Rozdział 11 Tom 021 p. 305 — 324, zob. Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 12 lutego 1996 t, w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), Dz.U. z 1996 r. Nr 32 poz. 143), dalej jako: Porozumienie TRIPS. W art. 39 Porozumienia TRIPS przyjęto, iż informacjami nieujawnionymi są informacje, które: „a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są poufne; i c) poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności." Dla skutecznego zastrzeżenia informacji, co jest możliwe jedynie na zasadzie wyjątku od zasady jawności należało wykazać wszystkie z ww. przesianej i co więcej wykazać, że one zachodzą poprzez poparcie twierdzeń dowodami. Przywołanie treści powyższych dokumentów, jak również powodów ujednolicenia pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa" na terenie całej IJK jest konieczne dla oceny każdej czynności zastrzeżenia informacji w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przekładając powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania należy stwierdzić, że wykonawca nic udźwignął ciężaru rzetelnego i skutecznego zastrzeżenia złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca zbyt późno przekazał uzasadnienie utajnienia. Ponadto w złożonych wyjaśnieniach z 19.10.2020 r. wskazał jedynie ogólnikowo, że wycena stanowi jego tajemnicę. Innych twierdzeń w tym względzie brak, nie mówiąc o dowodach, który cli nie załączono. Wobec tego należy uznać, że wykonawca nie uzasadni! w czym upatruje szczególnych okoliczności pozwalających na odejście od zasady jawności. Wykonawca w chwili złożenia wyjaśnień z dnia 12.10 nie wykazał jaki charakter mają te informacje, jakie środki przedsięwziął celem zachowania ich poufności i nie wykazał czy kiedykolwiek nie zostały w jakiejkolwiek formie odtajnione. Wykonawca jedynie w drugim piśmie z 19.10.2020 r. ogólnikowo powołał w kilku zdaniach tezy, których w pierwotnych wyjaśnieniach nie było, a więc nie sposób uznać, iż złożone informacje zastrzegł skutecznie. Zamawiający miał więc obowiązek przekazać treść wyjaśnień innym podmiotom, jako że nie zastrzeżono ich skutecznie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 1/12/2020) wniósł o: (1) oddalenie odwołania w całości; (2) przeprowadzenie dowodów z załączonych wydruków ze stron internetowych wraz z tłumaczeniami.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (niezgodności treści oferty z treścią SIWZ) wskazał:

1) Zgodnie z treścią formularza „WYKAZ OFEROWANYCH URZĄDZEŃ - Część A" Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ stanowić załącznik nr 1A do oferty Zamawiający wskazał, że wymaga podania nazwy oferowanego urządzenia i oczekuje wymienienia następujących danych dotyczących tego urządzenia: producent urządzenia, marka urządzenia, model urządzenia, typ urządzenia.

2) Odwołujący w uzasadnieniu odwołania z dnia 16 listopada 2020 r. wskazał, że IT ARTE oznaczył oferowane przełączniki nieprecyzyjnie i niezgodnie z wymogami Zamawiającego, gdyż ani w formularzu oferty, ani w żadnym innym miejscu oferty nie wskazał typu i modelu oferowanego urządzenia. Jednocześnie Odwołujący twierdzi, że oznaczeniem typu przełącznika jest oznaczenie cyfrowe „8960", zaś oznaczeniem modelu przełącznika oznaczenia literowo-cyfrowe „F64" i „N64". Powyższe twierdzenia Odwołujący oparł na treści informacji zamieszczonych na stronie internetowej o adresie przywołanym w opisie Dowodu 1 oraz w wyciągu z przewodnika użytkownika dla IBM/SAN64B6/FC 8960 (Dowód 2).

3) Zamawiający nie kwestionuje, że powyższe informacje są zawarte w źródłach informacji przywołanych przez Odwołującego, natomiast zwraca uwagę na inne, istotne w tej sprawie okoliczności:

4) W odniesieniu do twierdzenia Odwołującego, o tym że ani w formularzu, ani w żadnym innym miejscu oferty IT ARTE nie znajduje się wskazanie typu urządzenia:

a) Terminologia, jaką Zamawiający posłużył się w opisie 2. kolumny tabeli umieszczonej w „Wykazie oferowanych urządzeń - Część A" została określona w sposób uniwersalny, celem zapewnienia zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

b) Zgodnie z informacjami zamieszczonymi na polskiej stronie internetowej producenta przełączników zaoferowanych przez IT ARTE, tj. na polskiej stronie internetowej International Business Machines Corporation (IBM), w zakładce Produkty/Sprzęt/Sieci pamięci masowych (SAN)/poznaj rozwiązania typu b/Poznaj SAN64B-6/Specyfikacja w istocie znajduje się oznaczenie „8960". Jest ono jednak częścią szerszych określeń: „8960-F64 (Front/Port-Side Exhaust)" oraz „8960-N64 (Rear/Non-Port Side Exhaust)", oznaczonych (nazwanych) nie jako typy urządzeń, lecz jako „Product number". Dowód (zał. nr 3): wydruk ze strony internetowej https: (…) wraz z tłumaczeniem fragmentu tekstu na język polski.

c) Oznaczenie „8960" jest częścią określenia „Product number" również na stronach internetowych: dowód (zał. nr 4): wydruk ze strony internetowej https (…) oraz dowód (zał. nr 5): wydruk ze strony internetowej https: (…)

d) Inaczej mówiąc, sam producent w przekazywanych przez siebie informacjach, które zamieszcza na swoich stronach internetowych oraz w dokumentacji, posługuje się w sposób niejednolity przedmiotową terminologią. Oznaczenie „8960" — raz jest przez niego traktowane jako typ urządzenia, innym razem jako numer produktu.

e) Zamawiający stoi na stanowisku, że wyżej wskazany brak jednolitości i spójności terminologii technicznej nie może działać na szkodę Wykonawców. Okoliczność, że nie w każdym źródle informacji o produktach IBM określenie „8960" jest oznaczone jako wskazujące na typ urządzenia prowadzi do wniosku, że wobec Wykonawcy oferującego przełączniki wyprodukowane przez IBM nie można wyciągać negatywnych konsekwencji z tego powodu, że nie wpisał w tabeli w załączniku nr IA do oferty oznaczenia „8960" — miał on bowiem podstawy faktyczne do uznania, że oznaczenie to nie stanowi informacji o typie urządzenia. W konsekwencji, niezamieszczenie tego oznaczenia w tabeli nie mogło stanowić podstawy do zastosowania przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia oferty IT ARTE.

5) W odniesieniu do twierdzenia Odwołującego, o tym że ani w formularzu, ani w żadnym innym miejscu oferty IT ARTE

nie znajduje się wskazanie modelu oferowanego urządzenia:
a) Zgodnie z informacjami zamieszczonymi na polskiej stronie internetowej producenta przełączników zaoferowanych przez IT ARTE, tj. na polskiej stronie internetowej IBM, w zakładce Produkty/Sprzęt/Sieci pamięci masowych (SAN)/poznaj rozwiązania typu b/Poznaj SAN64B-6/Specyfikacja w istocie znajdują się oznaczenia „F64 (Front/PortSide Exhaust)" oraz „N64 (Rear/Non-Port Side Exhaust)" — jednak są one częścią szerszych określeń „8960-F64 (Front/Port-Side Exhaust)" oraz „8960-N64 (Rear/Non Port Side Exhaust)", oznaczonych (nazwanych) nie jako modele urządzeń, lecz jako „Product number". Dowód (zał. nr 3): wydruk ze strony internetowej https: (…) wraz z tłumaczeniem fragmentu tekstu na język polski.
b) Oznaczenia „F64 (Front/Port-Side Exhaust)" oraz „N64 (Rear/Non-Port Side Exhaust)" są określone jako „Produc number" również na stronach internetowych: dowód (zał. nr 4): wydruk ze strony internetowej https (…) oraz dowód (zał. nr 5): wydruk ze strony internetowej https: (…).
c) Podobnie jak w przypadku typu, tak i w odniesieniu do modelu Zamawiający stoi na stanowisku, że wyżej wskazany brak jednolitości i spójności terminologii technicznej nie może działać na szkodę Wykonawców. Okoliczność, że nie w każdym źródle informacji o produktach IBM oznaczenia „F64" i „N64" są określane jako wskazujące na model urządzenia, prowadzi do wniosku, że wobec Wykonawcy oferującego przełączniki wyprodukowane przez IBM nie można wyciągać negatywnych konsekwencji z tego powodu, że nie podał w tabeli w załączniku nr IA do oferty oznaczenia „N64" — miał on bowiem podstawy faktyczne do uznania, że oznaczenie to nie stanowi informacji o modelu urządzenia. W konsekwencji, niezamieszczenie tego oznaczenia w tabeli nie mogło stanowić podstawy do zastosowania przez Zamawiającego art. 89 ust. I pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia oferty IT ARTE.
d) Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w ofercie IT ARTE znajduje się informacja, o tym, że oferowane przełączniki zapewniają funkcjonalność polegającą na pobieraniu chłodnego powietrza od przodu przełącznika, czyli od strony portów FC, a wydmuchiwaniu gorącego powietrza do tyłu urządzenia, czyli od strony zasilaczy. Wykonawca oświadczył (poinformował), że oferowane urządzenia spełniają wymagania funkcjonalne wyspecyfikowane w OPZ, a więc także wymaganie odnoszące się do kierunku przepływu powietrza. Skoro zamieszczenie w ofercie oznaczenia „N64" wskazywałoby wyłącznie na wyżej wymienioną cechę (funkcjonalność), wyraźnie opisaną przez Zamawiającego w OPZ, to zamieszczenie tej informacji w ofercie w tabeli byłoby powtórzeniem informacji wynikającej wprost już z treści samego oświadczenia zamieszczonego pod tabelą. Ponadto, jak zostało wyżej wskazane, nie można w sposób jednoznaczny i definitywny przyjąć, że cechy oznaczone jako „F64" i „N64" to cechy określające model urządzenia.
e) Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1315/20: „W ocenie Izby niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia — która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom". Jednocześnie Izba stwierdziła, że w stanie faktycznym sprawy będącej przedmiotem cytowanego wyroku, nie ulegało wątpliwości, że Zamawiający nie oczekiwał wyłącznie oświadczenia własnego Wykonawcy, że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymagania zawarte w OPZ, ale opisów/specyfikacji technicznych zawierających informacje o rzeczywistych parametrach oferowanego sprzętu, które pozwoliłyby Zamawiającemu na dokonanie samodzielnej oceny, czy oferowany sprzęt posiada parametry i funkcjonalności odpowiadające wymaganiom SIWZ. W ocenie Izby, w świetle precyzyjnego wymagania Zamawiającego dotyczącego obowiązku przedłożenia wraz z ofertą opisów/specyfikacji technicznych zawierających informacje pozwalające na zweryfikowanie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z OPZ, ogólne oświadczenie Odwołującego „TAK", uznać należało za niewystarczającą „informację" . pozwalającą na weryfikację takiej zgodności. Zamawiający w SIWZ zastrzegł sobie prawo do oceny rzeczywistych parametrów oferowanych urządzeń w zakresie opisanym w SIWZ i dokonania własnej oceny ich zgodności z wymaganiami OPZ na podstawie informacji zawartych w opisach/specyfikacjach technicznych złożonych przez poszczególnych Wykonawców wraz z ofertą. Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż Wykonawca musi przekazać informacje umożliwiające taką weryfikację. Tym samym- oświadczenie własne Wykonawcy „TAK" nie mogło zostać uznane za „informacje" wystarczające do zweryfikowania, czy oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z SIWZ. Takie oświadczenie nie mogło być — w stanie faktycznym sprawy sygn. akt KIO 1315/20 — zakwalifikowane jako opis parametrów technicznych czy specyfikacja techniczna urządzeń.
f) Podkreślić należy, że w sprawie będącej przedmiotem niniejszego odwołania, mamy do czynienia z inną sytuacją. Zamawiający nie wskazał, że Wykonawca musi przekazać dokumenty pozwalające Zamawiającemu na dokonanie samodzielnej oceny, czy oferowany sprzęt posiada parametry i funkcjonalności odpowiadające wymaganiom SIWZ. Zamawiający zastrzegł sobie, na wypadek wystąpienia wątpliwości, możliwość zażądania przedłożenia takich dokumentów przez Wykonawcę. Tym samym, a contrario do stanu faktycznego będącego przedmiotem sprawy o sygn. akt KIO 1315/20, w niniejszej sprawie nie można uznać, że dla oceny spełniania przez oferowany sprzęt wymagania funkcjonalnego „Chłodzenie" oświadczenie własne Wykonawcy zawarte w złożonej przez Niego ofercie jest niewystarczające. To Zamawiający jako gospodarz postępowania określa szczegółowość informacji żądanych od Wykonawców. Skoro Zamawiający nie żądał od Wykonawców — wprost, wyraźnie — przedstawienia w ofercie informacji o funkcjonalności oferowanego przełącznika dotyczącej kierunku przepływu powietrza w sposób inny niż poprzez oświadczenie własne Wykonawcy, to nie można wymagać od Wykonawców, na etapie badania i oceny ofert, aby tę informacje w taki inny sposób podawali (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1770/17). To Odwołujący niejako próbuje „narzucić" określony sposób interpretacji postanowień SIWZ i wywodzi, że skoro w opisie 2. kolumny tabeli zamieszczonej w załączniku nr IA do oferty znajduje się określenie „model", to w przypadku przełączników IBM — dla zachowania zgodności oferty z treścią SIWZ — konieczne było zamieszczenie w tej tabeli oznaczenia „N64":
- tymczasem, jak wskazuje Zamawiający w niniejszym piśmie, z uwagi na fakt, że nie w każdym źródle informacji o produktach IBM oznaczenia „F64" i „N64" są określane jako wskazujące na model urządzenia, to wobec Wykonawcy oferującego przełączniki wyprodukowane przez IBM nie można wyciągać negatywnych konsekwencji z tego powodu, że nie podał w tabeli w załączniku nr IA do oferty oznaczenia „N64" — miał on bowiem podstawy faktyczne do uznania, że oznaczenie to nie stanowi informacji o modelu urządzenia i jednocześnie z opisu tabeli nie wynika, iż Wykonawca miał w niej obowiązek umieścić informacje dotyczące elementu konfiguracji określonego w OPZ jako „Chłodzenie".
6) Zdaniem Zamawiającego w nomenklaturze IBM jest wiele niejednoznaczności. W różnych dokumentach producent posługuje się różnymi określeniami i nie można obciążać Wykonawców negatywnymi konsekwencjami takiego stanu rzeczy. Oceniając ofertę IT ARTE Zamawiający bazował na informacjach zamieszczonych na polskiej stronie internetowej IBM (zał. nr 3), opisie technicznym zawartym w dokumentacji „IBM Storage Networking SAN64B-6" (zał. nr 4) oraz dokumencie „IBM Storage Networking SAN64B6" (zał. nr 5). Z zamieszczonych tam informacji wynika

jednoznacznie, że „8960-F64" i „8960-N64" to numery produktów z katalogu IBM dwóch wersji tego samego urządzenia, tj. „IBM@ Storage Networking SAN64B-6".
7) Zamawiający oczekiwał od Wykonawców podania informacji o zaoferowanych urządzeniach w załączniku nr 1A do oferty („WYKAZ OFEROWANYCH URZĄDZEŃ CZĘŚC A"). IT ARTE wywiązał się z tego zobowiązania podając nazwę oferowanego urządzenia: przełącznik FC SAN, 2) producenta: IBM, 3) model: SAN64B oraz 4) typ: B-6 (w odróżnieniu od typu B-7: dowód: zał. nr 6, wydruk ze strony internetowej: SAN b-type Brocade Fibre Switches for Storage Networking I IBM wraz z tłumaczeniem fragmentu na język polski).
Zamawiający nie oczekiwał bardziej szczegółowego nazwania oferowanego urządzenia. W szczególności, Zamawiający nie wymagał podania numerów katalogowych producenta ani innych wewnętrznych oznaczeń, w tym numerów produktu.
8) Trzeba podkreślić, że oferta jest zgodna z SIWZ jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Analiza treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozwala przyjąć, że podstawą do odrzucenia oferty jest tylko stwierdzenie oczywistej sprzeczności oferty z treścią SIWZ, wówczas gdy odnosi się do merytorycznej sprzeczności pomiędzy obu dokumentami (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2017 r. sygn. akt KIO 444/17). Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 501/17, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SIWZ i którego pojęcia oczekuje. W niniejszej sprawie nie wystąpiła ani taka sprzeczność, ani taka niezgodność. Tymczasem: „Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych jedynie w sytuacji „ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości", że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SWZ wymaganiom. " (wyrok KIO 89/20).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (rażąco niska cena) stwierdził:
1) Ze sposobu sformułowania petitum zarzutu wynika, że z jednej strony Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę IT ARTE, bo oferta zawiera rażąco niską cenę. Z drugiej zaś strony, że Zamawiający powinien był odrzucić ofertę IT ARTE, bo Przystępujący nie złożył wystarczających wyjaśnień w zakresie dotyczącym podejrzenia rażąco niskiej ceny swojej oferty.
2) Co do pierwszej ze wskazanych powyżej kwestii należy zauważyć, że Odwołujący ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że cena oferty IT ARTE jest rażąco niska i że w związku z tym żąda, aby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty IT ARTE. Odwołujący nie poparł tezy o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego żadną argumentacją. Tymczasem — jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza — odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp, również jeśli chodzi o art. 89 ust. I pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne. które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku (wyrok KIO 509/20).
W szczególności z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez Przystępującego nie była możliwa realizacja przedmiotowego zamówienia bez poniesienia straty. Odwołujący nie wskazał żadnych argumentów ani okoliczności faktycznych przemawiających za taką tezą. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 4 sierpnia 2020 r. (sygn. akt KIO 1637/20): „ Samo podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny nie jest wystarczające dla uwzględnienia zarzutu, lecz należy szczegółowo wskazać, jakie koszty rodzajowe są kwestionowane oraz wskazać dowodowo fakty je uzasadniające. Również i wskazywanie na niektóre orzecznictwo KIO w zakresie rażąco niskiej ceny nie może być uznane za element przesądzający o słuszności podniesionych zarzutów. Każda sprawa jest rozpatrywana biorąc pod uwagę stan faktyczny, indywidualną ocenę oferty wykonawcy wraz z wyjaśnieniami i przedłożonym Izbie materiałem dowodowym. (...) Otóż nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony. ". Skoro odwołanie nie zawiera okoliczności wskazujących, dlaczego cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, tak postawiony zarzut należy uznać za całkowicie bezzasadny. Analogiczne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zajęła w wyroku KIO 1588/20.
3) Jeśli chodzi o drugi aspekt, Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że Zamawiający nie miał podstaw do zwrócenia się do Przystępującego o ponowne wyjaśnienia w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty, gdyż pismo Przystępującego z dnia 12 października 2020 r. w istocie nie zawierało żadnych wyjaśnień.
Zamawiający nie podziela powyższego stanowiska. Po pierwsze, w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r. IT ARTE podał szczegółową kalkulację cenową, w tym cenę netto za oferowane przełączniki oraz cenę netto każdej usługi towarzyszącej. Zamawiający uzyskał w ten sposób pewność, jaka jest cena oferty Przystępującego pomniejszona o cenę usługi wsparcia technicznego w skali całego okresu obowiązywania umowy. Wartość ta tylko nieznacznie różni się (jest nieznacznie niższa) od ceny oferty Odwołującego pomniejszonej o cenę usługi wsparcia technicznego w skali całego okresu obowiązywania umowy. Dało to Zamawiającemu podstawę do uznania, że oferowana przez Przystępującego cena przełączników sieciowych — najistotniejszej dla Zamawiającego części składowej przedmiotu zamówienia — jest ukształtowana na poziomie rynkowym. Co więcej, zawarta w wyjaśnieniach z dnia 12 października, a następnie uszczegółowiona w wyjaśnieniach z dnia 19 października 2020 r., informacja o zajmowaniu przez Przystępującego skutecznej pozycji negocjacyjnej w zakresie cen sprzętu i oprogramowania — dodatkowo utwierdziła Zamawiającego w przekonaniu, że sprzęt oferowany przez IT ARTE to sprzęt wysokiej jakości gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu umowy. Ponadto, wbrew twierdzeniu Odwołującego, Przystępujący już w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r. wskazał na zobiektywizowaną przesłankę pozwalającą na skalkulowanie ceny na niższym poziomie. IT ARTE wskazał bowiem, że zajmuje pozycję umożliwiającą skuteczne negocjowanie cen u producentów i dystrybutorów sprzętu komputerowego oraz oprogramowania. W ocenie Zamawiającego jest to informacja istotna dla ustalenia, czy cena całkowita danej oferty jest rażąco niska w rozumieniu ustawy Pzp. Na podstawie przedstawionych powyżej okoliczności Zamawiający nie miał wątpliwości, że cena zaproponowana przez IT ARTE to cena „bezpieczna" z punktu widzenia jakości oferowanego sprzętu i usług towarzyszących. Przemawia za tym również okoliczność, że cena oferty IT ARTE nie odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu w sposób, o którym mowa w art. 90 ust. la ustawy Pzp (por. tabela poniżej).

lp.		
1.	wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 usta PZ	553 500,00 zł

2.	średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert	482 365,00 zł
3.	cena całkowita oferty IT ARTE	346 860,00 zł
4.	określony procentowo stosunek ceny całkowitej oferty IT ARTE do wartości, o której mowa w 1 . 1	62,67%
5.	określony procentowo stosunek ceny całkowitej oferty IT ARTE do wartości. o której mowa w 1. 2	71,9%

4) Jeśli chodzi o zaoferowaną przez IT ARTE cenę za jedną godzinę wsparcia technicznego, Zamawiający zwraca uwagę na stanowisko zajęte przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 3 2019 r. (sygn. akt KIO 2338/19). Izba wskazuje, że w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest mowa o rażąco niskiej cenie „w stosunku do przedmiotu zamówienia". Chodzi tu zatem zasadniczo o cenę całkowitą odnoszoną do całości przedmiotu zamówienia. Owszem w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp, regulującym przesłanki wszczęcia procedury wyjaśniającej, jest mowa o sytuacji, w której cena lub koszt, lub ich „istotne części składowe" wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości. Ziszczenie się dyspozycji tego przepisu skutkuje obowiązkiem wszczęcia właściwej procedury wyjaśniającej. Jednakże analogicznej regulacji nie ma w przepisie art. 89 ust. I pkt 4 ustawy Pzp. W szczególności nie może prowadzić do odrzucenia oferty na tej podstawie wyłącznie ustalenie, że jeden z elementów ceny oferty jest niedoszacowany. Kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - gdyby nawet hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, nie mogłaby świadczyć o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest bowiem prawem Wykonawcy. W ramach tego prawa Wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak zatem jest podstaw do narzucenia Wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym "z elementów ceny" (wyrok KIO/UZP 878/09). Z daleko posuniętej ostrożności Zamawiający wskazuje, że okoliczność, że w przypadku oferty Przystępującego procentowy stosunek ceny za usługę wsparcia technicznego w skali całego okresu obowiązywania umowy do całkowitej ceny oferty jest niższy o kilka procent od stosunku tych cen w przypadku pozostałych dwóch ofert złożonych w postępowaniu, nie może być interpretowany jako przemawiający za tym, że cena za usługę wsparcia technicznego w ofercie Przystępującego jest nierynkowa. Skoro Przystępujący - z uwagi na szczególną pozycję negocjacyjną względem dystrybutora przełączników IBM - mógł obniżyć koszt realizacji zamówienia w części sprzętowej, to mógł jednocześnie podjąć decyzję o akceptacji nieco niższego zysku z tytułu świadczenia usługi wsparcia technicznego. Przy tym sam Odwołujący w piśmie z dnia 1 1 października 2020 r. wskazał, że w kontekście rażąco niskiej ceny Jego wątpliwości dotyczą tego, czy wymaganiom Zamawiającego odpowiadają „zaoferowane konfiguracje " i w związku z tą wątpliwością zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o weryfikację ceny oferty IT ARTE. Wątpliwości te nie dotyczyły jakości świadczenia usługi wsparcia technicmego, zaś w odwołaniu nie powołano jakichkolwiek okoliczności faktycznych świadczących o tym, że cena za tę usługę jest nierynkowa i nie pozwala na należytą realizację przedmiotu zamówienia.

5) Podsumowując, Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Przystępujący nie złożył żadnych wyjaśnień. Nie miał również podstaw do uznania, że złożone wyjaśnienia wskazują jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości, że cena całkowita oferty IT ARTE jest rażąco niską ceną. Wyjaśnień nie można było uznać za lakoniczne i gołosłowne (por. wyrok KIO 34/18). W konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i odrzucenia oferty IT ARTE. Dla zaistnienia możliwości zastosowania tego przepisu Zamawiający musi mieć pewność, że za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę danego zamówienia nie da się prawidłowo wykonać lub musi ustalić, że skalkulowany koszt nie umożliwia pokrycia wydatków związanych z wykonaniem jakiegoś elementu w sposób prawidłowy.

6) Co istotne, wyjaśnienia złożone przez IT ARTE z dnia 19 października 2020 r. nie zmieniły pierwotnie złożonych wyjaśnień, lecz były ich uszczegółowieniem i doprecyzowaniem. Uszczegółowienie i doprecyzowanie wyjaśnień dotyczyło przede wszystkim wpływu pozostawania przez IT ARTE z dystrybutorem przełączników sieciowych w takiego rodzaju stosunkach handlowych, które spowodowały, że IT ARTE uzyskał od tego dystrybutora szczególnie korzystną cenę urządzenia, istotnie niższą od standardowej ceny katalogowej. Zamawiający uzyskał szczegółową informację o wysokości standardowej ceny katalogowej i wysokości upustu zaoferowanego IT ARTE. Powyższe definitywnie pozwoliło uznać Zamawiającemu ofertę złożoną przez IT ARTE za ofertę nieobarczoną wadą rażąco niskiej ceny. O ocenie, czy cena jest rażąco niska nie przesądza bowiem sam fakt, że jest niższa od wartości ustalonej przez Zamawiającego. Nie można ustalić procentowej granicy, po przekroczeniu której oferta powinna zostać odrzucona. Jeśli Wykonawca wskaże obiektywne czynniki - co miało miejsce w niniejszej sprawie - Zamawiający nie ma podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty.

7) Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1143/15: „C..) nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości". Co więcej, za wyrokiem KIO 321/17: „Ustawodawca nie zakazał zamawiającemu ponowienia czynności wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Jeśli złożone wyjaśnienia nadal w jakiś aspektach budzą wątpliwości zamawiającego, ale jednocześnie nie da się przypisać, że oferta zawiera cenę rażąco niską, to zamawiającego powinien podjąć takie działanie. Sankcja odrzucenia oferty jest w takim przypadku nieodpowiednia do celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej". Ponadto należy wskazać, że: „C..) uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często" (wyrok KIO 150/16). Takie działanie jest uzasadnione, chroni bowiem przed nieuzasadnionym odrzuceniem oferty, która może być najkorzystniejsza w postępowaniu i tym samym przed niezasadnym wyższym wydatkiem na zakup danego przedmiotu zamówienia. Jak wskazują komentatorzy: „C..) procedura wyjaśniania kwestii rażąco niskiej ceny została tak skonstruowana, że katalog możliwości zamawiającego jest otwarty i tylko od niego będzie zależeć, jakiego rodzaju wyjaśnień żąda. Dodatkowo procedura ta ma charakter powtarzalny i możliwe jest ponowne wzywanie tego samego wykonawcy do złożenia wyjaśnień tak, aby niezbicie wyjaśnić każdy wątpliwy element w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu. Potwierdza to KIO, która w wyroku KIO 785/14 wskazała, że „(..) wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny zmierzać do ustalenia stanu faktycznego, aby umożliwić ocenę prawidłowości zastosowanej ceny. Wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę

uzyskiwania wyjaśnień mogą powstawać kolejne pytania (...)”2 . Zamawiający miał zatem prawo wystąpić do IT ARTE o uszczegółowienie i doprecyzowanie już złożonych wyjaśnień.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp (niezasadne zastrzeżenie wyjaśnień z dnia 12 i 19.10.2020 r. tajemnicą przedsiębiorstwa) podał:

1) Wbrew twierdzeniu Odwołującego, IT ARTE w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r. zamieścił informacje mające na celu uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający w piśmie z dnia 15 października 2020 r. znak BIT/302153/20(11)AMW poinformował Wykonawcę, że w ocenie Zamawiającego IT ARTE nie wykazał, iż informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (…) i uzasadnił swoje stanowisko. Jednocześnie, z ostrożności, pismem z dnia 15.10.2020 r. zwrócił się do IT ARTE z prośbą o zajęcie stanowiska w tej sprawie, w terminie do dnia 19.10.2020 r.

2) Po zapoznaniu się ze stanowiskiem IT ARTE przedstawionym w piśmie z dnia 19 października 2020 r. Zamawiający - pismem z dnia 12 listopada 2020 r. znak: BIT/302153/20(19)/AMW - wskazał, że uznaje za zasadne zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie: oferty na przełączniki IBM złożonej IT ARTE przez Ingram Micro spółka z o.o., szczegółowej kalkulacji cenowej (z wyłączeniem informacji o cenie za wsparcie techniczne oraz informacji o całkowitej cenie oferty brutto), a także informacji o całkowitej marży netto i brutto przyjętej przez IT ARTE.

3) Oferta na przełączniki IBM złomna IT ARTE przez Ingram Micro spółka z o.o. została przekazana Zamawiającemu przy piśmie z dnia 19 października 2020 r. Bezzasadne jest zatem twierdzenie Odwołującego, o tym że IT ARTE nie wykazał zasadności zastrzeżenia tych danych tajemnicą przedsiębiorstwa już w piśmie z dnia 12 października. Nie mógł tego zrobić, bo przy piśmie z dnia 12 października IT ARTE nie przekazał Zamawiającemu uszczegółowionej i doprecyzowanej informacji o wysokości ceny katalogowej oraz o wysokości uzyskanego upustu.

4) Zamawiający uznał, że IT ARTE wykazał, że informacje zawarte w ofercie Ingram Micro spółka z o.o. oraz informacja o wysokości marży zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. I I ust. 2 ustauy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze Zamawiający uznał, że są to informacje posiadające wartość gospodarczą. Jak wynika z art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy 2016/943 — tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą”. Z powyższego przepisu wynika, że informacja czerpie wartość handlową z poufności oraz możliwości jej wykorzystania w walce konkurencyjnej. Innymi słowy — informacje mają wartość handlową, gdy pozostają nieujawnione i dają przedsiębiorcy przewagę nad konkurencją. Informacje mają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej. Wartość ta nie musi mieć znaczenia dla wszystkich uczestników obrotu gospodarczego, czy też choćby znacznej jej ilości. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r. sygn. akt II SA/Wa 1 18/17): Wartość gospodarczą posiadają dla przedsiębiorcy te dane, które świadczą o prowadzonej przez firmę polityce finansowej, obrazującej zobowiązania względem kontrahentów, dotyczą wierzytelności, odnoszą się do inwestycji czy oszczędności. Wartość gospodarczą mają więc wszelkie informacje, jakie dotyczą szeroko rozumianego gospodarowania przez firmę jej mieniem, w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą (...) Wystarczającą przesłanką dla uznania pewnych danych za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa jest to, że mają one wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy, który podjął kroki w celu utajnienia tych danych".

Po drugie, Zamawiający uznał, że Przystępujący wykazał, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób. W wyjaśnieniach z dnia 19 października 2020 r. IT ARTE wskazał, że funkcjonują u Niego regulacje, regulaminy i procedury przesądzające, że informacje dotyczące szczegółowego wyliczenia cen oferowanych przez IT ARTE i zasady kształtowania tych cen są w szczególny sposób chronione, a dostęp do nich jest ograniczony. Tym samym wskazał również na działania podjęte w celu zachowania tych informacji w poufności. Za przywołanym już wcześniej wyrokiem WSA w Warszawie: „Z informacją poufną mamy do czynienia wtedy, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów. Wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie to mianowicie mają być działania. Wydaje się więc, że każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację omawianego zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie wąskiego kręgu pracowników. ”

5) Bezpośrednio w odniesieniu do marż i upustów: „Sam fakt zmienności stosowanych marż i upustów nie oznacza jeszcze, że wyłącza to relewantne informacje z kręgu potencjalnych tajemnic przedsiębiorstwa. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy konkretne marże lub upusty stanowią świadomie stosowany przez danego przedsiębiorcę system zachęt dla jego kontrahentów. Dlatego też bezprawne pozyskanie, wykorzystanie bądź ujawnienie warunków współpracy z kontrahentami w postaci uzyskiwanych marż i udzielanych upustów stanowi typowy akt naruszenia tajemnic przedsiębiorstwa, oczywiście przy założeniu spełnienia przez dysponenta tajemnic pozostałych przesłanek ochrony. W istocie sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl w sposób pozornie zawierający błąd logiczny zdaje się wyrażać druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRIPS" i art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy 2016/9437. ". Zagadnienie to było również przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku KIO 908/13 stwierdziła, że: (...) wyjaśnieniazłożone przez wykonawcę należy uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje dotyczą bowiem w szczególności kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej wszystkie elementy przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i uwzględnieniem marży handlowej. Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie w piśmie z dnia 20 listopada 2020 r. zgłosił wykonawca IT Arte Sp. z o.o. Sp.k. z Warszawy wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 2 grudnia br zgłosił opozycję, stwierdzając że nie otrzymał kopii zgłoszonego przystąpienia.

Izba uwzględniła opozycję i mając na uwadze art. 185 ust.2 ustawy Pzp uznała, że zgłoszone przystąpienie jest nieskuteczne.

W myśl wskazanego art. 185 ust.2 ustawy Pzp: „*Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie*.”

Ustalenia w sprawie nie potwierdziły zaznaczonego w zgłoszonym przystąpieniu skierowanym do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej (w załącznikach), że taka kopia została Odwołującemu doręczona. Tym samym zgłaszający przystąpienie nie mógł uzyskać statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niezasadny, albowiem brak jednolitości i spójności terminologii technicznej w dokumentach producenta publikowanych na stronach internetowych – jak wskazywał Zamawiający - nie mógł działać na szkodę wykonawcy IT ARTE ubiegającego się w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie – powodując uznanie, że oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający w zakresie zaskarżonym wymagał w tym postępowaniu - zgodnie z formularzem „Wykaz oferowanych urządzeń - Część A" stanowiącym zgodnie z SIWZ załącznik nr 1A do oferty -podania nazwy oferowanego urządzenia oraz wskazania danych dotyczących tego urządzenia: producenta urządzenia, marki urządzenia, modelu urządzenia i typu urządzenia. Odwołujący podnosząc ten zarzut stwierdził, że wykonawca IT ARTE nie opisał konkretnie i zgodnie z SIWZ przedmiotu oferty a dalej zarzucił, że ten wykonawca wskazał w ofercie nieprecyzyjne oznaczenie oferowanych przełączników, niezgodnie z wymogami Zamawiającego. Brak wskazania typu i modelu oferowanego przełącznika oparł na twierdzeniu, że oznaczeniem typu przełącznika jest oznaczenie cyfrowe „8960", zaś oznaczeniem modelu przełącznika oznaczenia literowo-cyfrowe „F64" i „N64", co wywiódł z treści informacji zamieszczonych na stronie internetowej (powołanej w odwołaniu jako Dowód 1) oraz z wyciągu z przewodnika użytkownika dla IBM/SAN64B6/FC 8960 (powołanego jako Dowód 2). Z kolei Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że w opisie 2. kolumny tabeli umieszczonej w „Wykazie oferowanych urządzeń - Część A" posłużył się terminologią, uniwersalną i w tym przypadku miał na uwadze przestrzeganie zasady (o której stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp) zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał z kolei (przedstawiając jako dowód wydruki ze stron internetowych) na informacje zamieszczone na polskiej stronie internetowej producenta przełączników zaoferowanych przez IT ARTE, a mianowicie na polskiej stronie internetowej International Business Machines Corporation (IBM), w zakładce Produkty/Sprzęt/Sieci pamięci masowych (SAN)/poznaj rozwiązania typu b/Poznaj SAN64B-6/Specyfikacja w istocie znajduje się oznaczenie „8960", które jest częścią szerszych określeń: „8960-F64 (Front/Port-Side Exhaust)" oraz „8960-N64 (Rear/Non-Port Side Exhaust)", oznaczonych (nazwanych) nie jako typy urządzeń, lecz jako „Product number".

W ocenie Izby z zestawienia wskazanej argumentacji wynika, że producent IBM w przekazywanych przez siebie informacjach na stronach internetowych oraz w dokumentacji, posługuje się (jak podnosił Zamawiający) w sposób niejednolity przedmiotową terminologią. Oznaczenie „8960" - raz jest traktowane jako typ urządzenia, innym razem jako numer produktu. Izba zwraca także uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wymagał dokumentów na potwierdzenie, że oferowany sprzęt posiada parametry i funkcjonalności odpowiadające wymaganiom SIWZ. Takie dokumenty (ich przedłożenie) zostały zastrzeżone na wypadek wątpliwości zamawiającego. Tak jak wskazywał Zamawiający podstawą dla oceny spełniania przez oferowany sprzęt wymagania, w tym wskazywanego w odwołaniu funkcjonalnego „Chłodzenie" stanowiło oświadczenie wykonawcy zawarte w formularzu - 1A. Niewątpliwie nie można wymagać od wykonawców, po złożeniu oferty, na etapie badania i oceny ofert, aby taka informacja była składana, chyba że – tak jak w tym postępowaniu – jej złożenie zostało zastrzeżone na wypadek wątpliwości. W stanie faktycznym tej sprawy, Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający oczekiwał szczegółowego opisania oferowanego urządzenia. W szczególności, jak podkreślał Zamawiający, nie wymagał podania numerów katalogowych producenta ani innych wewnętrznych oznaczeń, w tym numerów produktu.

Uwzględniając powyższe, należało zdaniem Izby, zgodzić się z Zamawiającym, że wskazany brak jednolitości i spójności terminologii technicznej i możliwe kierunki interpretacji, co do spornych pojęć użytych w dokumentacji producenta, nie mogły działać na szkodę wykonawcy IT ARTE, skutkującą odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Także zdaniem Izby nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (rażąco niska cena).

W wezwaniu z dnia 8 października 2020 r. Zamawiający wskazując na art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp podał, że: (…) *zwraca się o udzielenie wyjaśnień, celem ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca za wykonanie zamówienia w części A postępowania, dotyczącej dostawy przełączników sieciowych, zaoferował łączną cenę w kwocie 346 860,00 zł brutto, która jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT 0 37,33%. Także zaoferowana cena brutto za 1 godzinę wsparcia technicznego, która wynosi 61, 50 zł, jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen za 1 godzinę wsparcia technicznego wszystkich złożonych ofert. Z tego względu Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów składowych mających wpływ na wysokość ww. cen i czy oferta uwzględnia pełen zakres opisany w Opisie przedmiotu zamówienia (Rozdziału II SIWZ). W wyjaśnieniach należy wykazać, co spowodowało skalkulowanie tych cen na zaoferowanym poziomie, jakie obiektywne czynniki cenotwórcze miały wpływ na ich wysokość. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i udowadniające, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowane ceny. Zamawiający zaznacza, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ww. ustawy, wykazanie czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Niezłożenie wyjaśnień przez Wykonawcę w wyznaczonym terminie lub stwierdzenie przez Zamawiającego na podstawie złożonych przez Wykonawcę dokumentów, że oferta zawiera rażąco niską cenę, skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych".* W kolejnej części tego pisma Zamawiający podał, że: *(…) działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zwraca się o wyjaśnienie treści złożonej oferty, tj. o potwierdzenie, czy w zaoferowanej cenie w części A przedmiotowego postępowania Wykonawca uwzględnił koszt wsparcia technicznego, tj. 30 godzin wsparcia wdrożeniowego i 160 godzin wsparcia powdrożeniowego, zgodnie z zapisami zawartymi w pkt 1.1) Formularza oferty oraz pkt 12 Rozdziału I SIWZ (cena powinna zawierać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia, tj. całkowity koszt oferowanych przełączników wraz z oprogramowaniem oraz niezbędnymi licencjami oraz koszt wszelkich usług towarzyszących, w tym transportu, wdrożenia, gwarancji, serwisu gwarancyjnego i wsparcia technicznego). Wątpliwości Zamawiającego wynikają z treści Załącznika nr 2A do Oferty, w którym Wykonawca podał cenę za zaoferowane przełączniki (2szt.) w wysokości 346 860 zł, a więc taką samą jak w Formularzu oferty."*

Następnie w piśmie z dnia 15.10.2020 r. Zamawiający (nawiązując do odpowiedzi wykonawcy IT ARTE z dnia 12.10.2020 r.) podał, że po zapoznaniu się z tym pismem, zwraca się w następujących sprawach: *„1. Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. la pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) prosi o ponowne wyjaśnienia w zakresie dotyczącym ceny zaoferowanej w części A przedmiotowego postępowania (rażąco niskiej w stosunku do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia) przez*

Wykonawcę oraz o uszczegółowienie i wskazanie elementów, które miały istotny wpływ na skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie. Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił jedynie wyliczenie w postaci tabeli (kalkulacja cenowa). Natomiast same wyjaśnienia dotyczące składowych elementów ceny zostały przedstawione ogólnie, gdy tymczasem powinny zostać zindywidualizowane dla konkretnego postępowania i odnosić się do wszystkich elementów wraz z ich uszczegółowieniem oraz wskazaniem okoliczności, które miały wpływ na zaoferowaną przez Wykonawcę cenę. Z ww. powodów Zamawiający zwraca się o uzupełnienie wyjaśnień w terminie do dnia 19.10.2020 r. Brak uzupełnienia lub niewykazanie w nim że cena nie jest rażąco niska spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych".

Izba stwierdza, że wykonawca odnosząc się do wskazanych wezwań przedstawił - zgodnie z żądaniem Zamawiającego - wyjaśnienia odpowiednio w piśmie z dnia 12.10.2020 r. oraz w piśmie z dnia 19.10.2020 r., z których drugie stanowiło uzupełnienie pierwszych wyjaśnień.

W myśl wskazanego w odwołaniu art. 90 ust.3 ustawy Pzp: *„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".*

W ustalonym stanie faktycznym sprawy – wskazany w przepisie brak wyjaśnień jako podstawa odrzucenia oferty - nie będzie miał zastosowania. Wyjaśnienia bowiem zostały złożone. Z kolei drugiej z podstaw (oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia) odrzucenia odwołania z art. 90 ust.3 Pzp Przede wszystkim Odwołujący tezy o rażąco niskiej cenie oferty IT ARTI – jak słusznie zauważył Zamawiający - nie poparł żadną merytoryczną argumentacją. W szczególności z uzasadnienia do tego zarzutu nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez Przystępującego nie była możliwa realizacja przedmiotowego zamówienia bez poniesienia straty. Odwołujący nie wskazał żadnych argumentów ani okoliczności faktycznych przemawiających za taką tezą. Nie stał temu na przeszkodzie brak dostępu w istocie do kilku danych cenowych i oferty dostawcy (korzystających z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący w odwołaniu wskazał ponadto, że Zamawiający nie miał podstaw do zwrócenia się do Przystępującego o ponowne wyjaśnienia w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty, gdyż pismo Przystępującego z dnia 12 października 2020 r. w istocie nie zawierało żadnych wyjaśnień.

Izba, co do tego zarzutu podzieliła stanowisko Zamawiającego, zgadzając się, że wykonawca IT ARTE w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r. uszczegółowionych w wyjaśnieniach z dnia 19 października 2020 r. wykazał, że oferowana cena z punktu widzenia jakości oferowanego sprzętu i usług towarzyszących nie jest ceną rażąco niską. Izba zgodziła się także z Zamawiającym, że wyjaśnienia IT ARTE z dnia 19 października 2020 r. nie zmieniły wyjaśnień z dnia 12.10.200 r., lecz były ich uzupełnieniem (w części uszczegółowieniem). Uszczegółowienie i doprecyzowanie wyjaśnień dotyczyło przede wszystkim wpływu pozostawania przez IT ARTE z dystrybutorem przełączników sieciowych w takiego rodzaju stosunkach handlowych, które spowodowały, że IT ARTE uzyskał od tego dystrybutora szczególnie korzystną cenę urządzenia, istotnie niższą od standardowej ceny katalogowej. Zamawiający uzyskał szczegółową informację o wysokości standardowej ceny katalogowej i wysokości upustu zaoferowanego IT ARTE. Powyższe pozwalało uznać Zamawiającemu ofertę złożoną przez IT ARTE za ofertę nieobarczoną wadą rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia jakie złożył wykonawca IT ARTE we wskazanych pismach pokazały, że cena oferty wykonawcy nie odbiega – na co zwracał uwagę Zamawiający - od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu w sposób, o której stanowi art. 90 ust. 1a ustawy Pzp Ponadto dokonując oceny w tym obszarze zamawiający słusznie mógł mieć na uwadze, że w przypadku oferty IT ARTE procentowy stosunek ceny za usługę wsparcia technicznego w skali całego okresu obowiązywania umowy do całkowitej ceny oferty jest niższy o kilka procent w stosunku do cen w pozostałych dwóch ofert. Niewątpliwie nie może być to interpretowane jako okoliczność wskazująca, że cena za usługę wsparcia technicznego w ofercie Przystępującego jest nierynkowa. W tym przypadku (jak podano w wyjaśnieniach) korzystna pozycja negocjacyjna wykonawcy względem dystrybutora przełączników IBM mogła sprzyjać obniżeniu kosztu realizacji zamówienia w części sprzętowej, a to z kolei mogło mieć wpływ na decyzję o akceptacji nieco niższego zysku z tytułu świadczenia usługi wsparcia technicznego.

W konkluzji Izba zgodziła się z Zamawiającym, że nie miał podstaw do uznania, że wykonawca IT ARTE nie złożył żadnych wyjaśnień. Nie miał również podstaw do uznania, że złożone wyjaśnienia wskazują jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości, że cena całkowita oferty IT ARTE jest rażąco niską ceną. Wyjaśnień nie można było uznać za lakoniczne i gołosłowne. W konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i odrzucenia oferty IT ARTE.

Izba również uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ustawy Pzp oparty na twierdzeniu nieskutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę IT ARTE wyjaśnień z dnia 12 i 19.10.2020 r. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący stwierdził, że wykonawca IT ARTE (…)*nie udźwignął ciężaru rzetelnego i skutecznego zastrzeżenia złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca zbyt późno przekazał uzasadnienie utajnienia. Ponadto w złożonych wyjaśnieniach z 19.10.2020 r. wskazał jedynie ogólnikowo, że wycena stanowi jego tajemnicę. Innych twierdzeń w tym względzie brak, nie mówiąc o dowodach, który cli nie załączono. Wobec tego należy uznać, że wykonawca nie uzasadni! w czym upatruje szczególnych okoliczności pozwalających na odejście od zasady jawności. Wykonawca w chwili złożenia wyjaśnień z dnia 12.10 nie wykazał jaki charakter mają te informacje, jakie środki przedsięwziął celem zachowania ich poufności i nie wykazał czy kiedykolwiek nie zostały w jakiejkolwiek formie odtajnione. Wykonawca jedynie w drugim piśmie z 19.10.2020 r. ogólnikowo powołał w kilku zdaniach tezy, których w pierwotnych wyjaśnieniach nie było, a więc nie sposób uznać, iż złożone informacje zastrzegł skutecznie. Zamawiający miał więc obowiązek przekazać treść wyjaśnień innym podmiotom, jako że nie zastrzeżono ich skutecznie*".

Izba, po pierwsze nie zgodziła się z Odwołującym, że skierowane do wykonawcy zapytanie w piśmie z dnia 15 października 2020 r. stanowiło naruszenie art. 8 Pzp. Wykonawca IT ARTE w piśmie z dnia 12.10.2020 r. stwierdził: *„Ponadto zastrzegamy niniejsze wyjaśnienia, w tym w szczególności w zakresie kalkulacji cenowej, a przedstawionej powyżej, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej Ustawą), w związku z czym nie mogą one być udostępniane podmiotom trzecim*" . W dalszej jego części w tym obszarze – wskazał na orzecznictwo a następnie podał: *„Wszystkie ww. informacje nie są podawane, przez nasze przedsiębiorstwo, w jakikolwiek sposób do publicznej wiadomości. Ewentualne powzięcie przez podmioty konkurencyjne wobec naszego przedsiębiorstwa, w tym przez pozostałych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, informacji dotyczących m.in. wysokości upustów, jaki uzyskujemy od współpracujących z nami producentów i dystrybutorów sprzętu, czy też wysokości stosowanych przez nasze przedsiębiorstwo marż, może narazić nasze przedsiębiorstwo na wymierne straty materialne. Powyższe może się*

wyrażać chociażby w braku możliwości uzyskania zamówień udzielanych w trybie Prawa zamówień publicznych, w przypadku gdy podmioty wobec nas konkurencyjne, mają wiedzę o przysługujących nam upustach cenowych i/lub stosowanych przez nas marżach będą w stanie złożyć oferty niższe cenowo od ofert składanych przez nasze przedsiębiorstwa". Kolejno powołał się na orzecznictwo, a następnie stwierdził: „*Dlatego też w ocenie naszego przedsiębiorstwa zastrzeżenie informacji przedstawionych w kalkulacji cenowej, wskazanej w niniejszych wyjaśnieniach, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Ustawy, stało się konieczne i uzasadnione*". Zatem IT ARTE w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r. wbrew twierdzeniu Odwołującego, zamieścił informacje mające na celu uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa w odniesieniu do kalkulacji ceny. Jednakże Zamawiający mógł (chociażby z uwagi na zwrot użyty „w szczególności") zwrócić się do IT ARTE (jak to uczynił w piśmie z dnia 15.10.20) o stanowisko dodatkowe przed oceną tego zastrzeżenia i podjęciem decyzji, co do jego skuteczności. W konsekwencji (po uzyskaniu dodatkowego stanowiska z dnia 19.10.2020 r.) uznał za zasadne zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa wyłącznie: oferty na przełączniki IBM złożonej IT ARTE przez Ingram Micro spółka z o.o., szczegółowej kalkulacji cenowej (z wyłączeniem informacji o cenie za wsparcie techniczne oraz informacji o całkowitej cenie oferty brutto), a także informacji o całkowitej marży netto i brutto przyjętej przez wykonawcę. Z wyłączeniem takiego zakresu przekazał wyjaśnienia zawarte w pismach z dnia 12 i 19 października 2020 r. Niewątpliwie oferta na przełączniki IBM złożona IT ARTE przez Ingram Micro spółka z o.o. została przekazana Zamawiającemu przy piśmie z dnia 19 października 2020 r. Tym samym bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego o nie wykazaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa co do tych danych już w piśmie z dnia 12 października, albowiem dopiero 19 października została przekazana uszczegółowiona i doprecyzowana informacja o wysokości ceny katalogowej oraz o wysokości uzyskanego upustu.

Izba w zakresie tego zarzutu stwierdza, że Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca IT ARTE wykazał, że informacje zawarte w ofercie Ingram Micro spółka z o.o. oraz informacja o wysokości marży zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

……