Sygn. akt: KIO 24/21

WYROK

z dnia 3 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:**Andrzej Niwicki**

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Informatyki z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comp S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) 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:……

……

……..

Sygn. akt: KIO 24/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Centralny Ośrodek Informatyki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego przy użyciu miniPortal oraz ePUAP postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa infrastruktury systemów nadzoru i bezpieczeństwa (5 części)", numer referencyjny: C0I-ZAK.262.20.2020, dalej: „Postępowanie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 17 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 137-336319.

Odwołujący: Comp S.A. z siedzibą w Warszawie, działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. poz. 2019 z późn. zm.) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołanie dotyczy Części I: Dostawa i wdrożenie systemu NGFW.

Odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania wskazał przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. poz. 2019 z późn. zm.), niemniej jednak zgodnie z art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. poz. 2020) zarzuty sformułował przyjmując za podstawę przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), dalej „Pzp".

Odwołujący wskazał, że w toku przedmiotowego postępowania w zakresie Części I zamówienia, Zamawiający naruszył następujące przepisy:

1. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez zaniechanie podania uzasadnienia nieprzyznania Odwołującemu punktów w kryterium Zgodność Urządzenia NGFW z profilem zabezpieczeń Common Criteria - „collaborative Protection Profile for Stateful Traffic Filter Firewalls" lub równoważnym;

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez bezpodstawne nieprzyznanie Odwołującemu punktów w kryterium Zgodność Urządzenia NGFW z profilem zabezpieczeń Common Criteria - „collaborative Protection Profile for Stateful Traffic Filter Firewalls" lub równoważnym (waga 30%) oraz w kryterium Zgodność Urządzenia NGFW i Konsoli NGFW z profilem zabezpieczeń Common Criteria - „collaborative Protection Profile for Network Devices" lub równoważnym (waga 10%);

3. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. („uznk") poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Comtegra") oraz załączników do tych wyjaśnień, mimo że zastrzeżone przez Comtegra informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

4.art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Comtegra S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Comtegra") pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawca ten zaoferował rażąco niską cenę za „Zapewnienie przez Wykonawcę świadczenia Usług Profesjonalnych na rzecz Zamawiającego" oraz przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Comtegra nie jest rażąco niska.

W toku posiedzenia przed Krajowa Izbą Odwoławczą odwołującycofnął zarzuty odwołania, opisane wyżej w punktach 1 oraz dwa tj. dotyczące zaniechania podania uzasadnienia odmowy przyznania punktacji w kryteriach pozacenowych oraz braku przyznania punktacji w tych kryteriach.
Podtrzymał zarzuty z punktu 3 i 4.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Comtegra, jako najkorzystniejszej w zakresie Części I zamówienia;

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;

3.przyznania Odwołującemu 30 pkt w kryterium Zgodność Urządzenia NGFW z profilem zabezpieczeń Common Criteria - „collaborative Protection Profile for Stateful Traffic Filter Firewalls" lub równoważnym oraz 10 pkt w kryterium Zgodność Urządzenia NGFW i Konsoli NGFW z profilem zabezpieczeń Common Criteria - „collaborative Protection Profile fo Network Devices".

(Żądanie stało się nieaktualne wobec cofnięcia zarzutów, w konsekwencji których zostało sformułowane).

4.odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez Comtegra ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Comtegra oraz ewentualnych załączników do tych wyjaśnień;

5.odrzucenia oferty złożonej przez Comtegra;

6.dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w zakresie Części I zamówienia.

Uzasadniając stanowisko odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący złożył ofertę która uplasowała się na drugim miejscu rankingu ofert w zakresie Części I zamówienia. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania, z której wynika, że w dniu 10 września 2020 r., Zamawiający skierował do Comtegra wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w części I zamówienia. Comtegra przedstawiła odpowiedź 16 września 2020 r. Cała treść wyjaśnień została objęta przez Comtegra ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z tym Odwołującemu udostępniono jedynie treść uzasadnienia tajemnicy i nie miał on możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami (a nawet ocenić czy są one obszerne), brak też informacji, czy z wyjaśnieniami została przedstawiona kalkulacja kosztów i czy zostały dołączone jakiekolwiek dowody, a jeżeli tak, to jakie.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie przez Comtegra całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest bezpodstawne.

Odnosząc się do kwestii zastrzeżenia poufności wyjaśnień z całą pewnością nie wszystkie informacje objęte wyjaśnieniami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym. Działanie to jednocześnie faworyzuje Comtegra, niemożność zapoznania się przez Odwołującego z treścią wyjaśnień znacząco utrudnia weryfikację poprawności działań Zamawiającego oceny wyjaśnień i wyboru oferty ww. wykonawcy w zakresie Części I zamówienia.

Za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentu, w sytuacji, gdy może on zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę (w tym przypadku dotyczy to zarówno samych wyjaśnień jak i ewentualnych załączników). Nie jest możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w jego treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 2 uznk. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, słowa/wyrażenia, które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp.

Zamawiający powinien, co najwyżej zastrzec wybrane elementy z wyjaśnień, o ile faktycznie znajdują się w nich dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, jeżeli jak wynika z wyjaśnień, wykonawca Comtegra obawiał się ujawnienia informacji o marży zawartej w ofercie cenowej to ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa mogła zostać objęta sama informacji o kwotowej lub procentowej wysokości zastosowanej marży. Ponadto brak jest podstaw do objęcia tajemnicą ogólnych twierdzeń podnoszonych standardowo przez wykonawców w tego typu wyjaśnieniach, przytoczonego stanowiska doktryny czy orzecznictwa. Ponadto, utajnienie całości wyjaśnień jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem Zamawiającego zwłaszcza, że może w praktyce uczynić przysługujące wykonawcy instrumenty prawne, w postaci prawa do odwołania, iluzorycznymi.

Wykonawca zastrzegający całościowo wyjaśnienia ceny musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności

takiego działania odtajnieniu będą podlegały wyjaśnienia w szerszym zakresie niż gdyby wykonawca działał z należytą starannością. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ocenie zasadności zastrzeżenia tych informacji, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie art. 8 ust. 1- 3 Pzp, a również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji - art. 7 ust. 1 Pzp.

Uzasadnienie Comtegra objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa jest ogólne i nie potwierdza zasadności poczynionego utajnienia.

Wyjaśnienia pomimo tego, że są obszerne, nie zawierają żadnych konkretów. Stanowią de facto analizę orzecznictwa, a stwierdzenia mające uzasadnić zastrzeżenie, to tak naprawdę podsumowanie tez z przytoczonego w wyjaśnieniach orzecznictwa.

Wyjaśnienia są na tyle ogólne, że nie sposób ustalić dlaczego konkretne informacje mają charakter, uprawniający do przyjęcia, że ich zastrzeżenie było uzasadnione. Poziom ogólności jest na tyle duży, że mogłyby one zostać przedstawione przez dowolnego wykonawcę z wyjaśnieniami na dowolny przedmiot zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest dostawa systemu NGFW, na który składają się dwa urządzenia i dwie konsole oraz świadczenie usług związanych z dostarczonym systemem, brak jest podstaw do twierdzenia, że występuje w tym przypadku niespotykana na rynku IT metodologia wykonania przedmiotu zamówienia, która zasługuje na szczególną ochronę i objęcie jej ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca Comtegra nie wykazał również, że podjęło w stosunku do zastrzeżonych informacji kroki mające na celu zachowanie informacji w poufności. W wyjaśnieniach wskazano, co prawda że wykonawca zapewnił wymienione w wyjaśnieniach środki techniczne, organizacyjne oraz rozwiązania systemowe, ale twierdzenie to pozostaje gołosłowne, gdyż do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody potwierdzające ich podjęcie.

Przedstawienie samych ogólnych wyjaśnień bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające. Zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości wyjaśnień ceny uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych, ale również brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności.

Odnośnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oraz nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Comtegra.

Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami Comtegra dotyczącymi ceny, nie ma również informacji, co do tego czy wraz z wyjaśnieniami została przedstawiona kalkulacji kosztów oraz czy zostały do nich dołączone dowody i jakie.

Biorąc pod uwagę, że cena zaoferowana przez Comtegra ma charakter rażąco niskiej, co powinno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez Comtegra nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

W świetle art. 90 ust. 3 Pzp; wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać.

Zamawiający powinien szczególnie skrupulatnie zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty, czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedynie rzetelne badanie wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczność wykazania przez wykonawcę okoliczności, które są tylko dla niego indywidualne, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wykonawca zobowiązany był do udowodnienia, iż zaoferowana cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia oraz że zachodzą po jego stronie obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Wykonawca powinien był przedstawić wyjaśnienia konkretne i wyczerpujące, wraz z dołączeniem dowodów na potwierdzenie podnoszonych twierdzeń i wskazywanych wartości.

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez Comtegra nie ma charakteru realnego, nie jest ceną rynkową i nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone przez Comtegra wyjaśnienia przyjmując, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest rażąco niska.

a) Zgodnie z pkt III.1.4 ppkt 1 rozdział II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia dla Części I, „Zamawiający wymaga zapewnienia przez Wykonawcę Usług Profesjonalnych świadczonych bezpośrednio przez producenta przedmiotu zamówienia opisanego w pkt III.1.1, III.1.2, III.1.3 powyżej (dalej określanego jako „Producent") lub autoryzowany podmiot współpracujący z Producentem w najwyższym poziomie partnerstwa przewidzianym w sieci dystrybucyjnej danego Producenta na rynku geograficznym właściwym dla Zamawiającego lub poziomie niższym, o nie więcej niż jeden stopień, działający w imieniu tego Producenta (dalej określanego jako „Partner") - w wymiarze łącznie 40 osobodni, przez okres 36 miesięcy od dnia odbioru przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt lll.1.1, lll. 1.2, HU.3 powyżej."

b) Z powszechnie dostępnych informacji wynika, że Comtegra nie jest producentem (producentem NGFW zaoferowanego przez Comtegra jest Cisco), autoryzowanym podmiotem współpracującym z Producentem w najwyższym poziomie partnerstwa lub poziomie niższym, o nie więcej niż jeden stopień, działającym w imieniu Producenta, a zatem będzie zobowiązana do zapewnienia Usług Profesjonalnych świadczonych przez podmiot trzeci, tj. przez producenta, autoryzowany podmiot współpracujący z Producentem w najwyższym poziomie partnerstwa lub poziomie niższym, o nie więcej niż jeden stopień, działający w imieniu tego Producenta. Tym samym, zapewnienie przez Comtegra Usług Profesjonalnych świadczonych na rzecz Zamawiającego będzie de facto polegało na świadczeniu ich przez podmiot trzeci - producenta lub autoryzowany podmiot współpracujący z producentem.

c)Z formularza ofertowego Comtegra wynika, że za „Zapewnienie przez Wykonawcę świadczenia Usług Profesjonalnych na rzecz Zamawiającego" wykonawca ten zaoferował cenę jednostkową wynoszącą 2 000 zł netto za 1 osobodzień, co daje kwotę 80 000,00 zł netto za 40 osobodni.

d) Przedmiotowa cena nie pozwala na zapewnienie przez Comtegra świadczenia Usług Profesjonalnych przez podmiot trzeci, tj. przez producenta, autoryzowany podmiot współpracujący z Producentem w najwyższym poziomie partnerstwa lub poziomie niższym, o nie więcej niż jeden stopień. Za taką cenę nie jest możliwe zapewnienie tych usług ani u Cisco (producenta) ani u autoryzowanego partnera Cisco oraz osiągnięcie zysku.

e)Ponadto, skoro Usługi Profesjonalne będą świadczone na rzecz Zamawiającego przed podmiot trzeci, to wykonawca Comtegra zobowiązany był do złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów potwierdzających, że przyjęta przez niego w tym zakresie w kalkulacji wysokość kosztów jest prawidłowa, np. w postaci oferty handlowej od podmiotu, który faktycznie będzie świadczył te usługi na rzecz Zamawiającego. Nie jest wystarczające złożenie samych wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. W przypadku wyjaśnień Comtegra brak jest informacji czy dołączono jakiekolwiek dowody, w tym potwierdzające prawidłowość kosztów przyjętych przez tego wykonawcę w zakresie dostaw sprzętu.

f) O braku rzetelności w wycenie przedmiotu zamówienia i sporządzeniu wyjaśnień, może świadczyć fakt, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Comtegra wspominając o wycenie konkretnych części zamówienia odniosła się jedynie do dostaw objętych przedmiotem zamówienia. Na str. 3 uzasadnienia wskazano bowiem, że „Ujawniając dane na temat wycenienia konkretnych części zadania koniecznych do wykonania zamówienia konkurenci mogą uzyskać informacje, w jakiej kwocie wykonawca dostarcza konkretne komponenty konieczne do wykonania zamówienia oraz w jakiej kwocie uzyskuje rabat na konkretne dostawy konieczne do należytego wykonania zamówienia." Brak jest odniesienia do usług objętych przedmiotem zamówienia.

Podsumowując, stwierdzenie przez Zamawiającego, iż Comtegra wykazał realność zaoferowanej ceny i dokonanie wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę, jako najkorzystniejszej było działaniem nieuprawnionym, a zaniechanie odrzucenia oferty stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Comtegra S.A.ul. Puławska 474 02-884 Warszawa wnosząc o oddalenie odwołania.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na piśmie i do protokołu.
Odwołujący wskazał na brak informacji Zamawiającego, co do sposobu dokonywania oceny poprawności otrzymanych wyjaśnień. Podkreślił, że wykonawca nie wykazał stosownie do art. 8 PZP, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowiska tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nie wykazał, jakie niezbędne środki podjął w celu zachowania poufności zastrzeżeń. Ocenił, że twierdzenia Przystępującego wykonawcy w tym zakresie były gołosłowne i niepoparte dowodami.
W zakresie zarzutów rażąco niskiej ceny wskazał na status partnerstwa Przystępującego, złożył na tę okoliczność plik dokumentów z opisem i wydrukami ze strony CISCO, wyszukiwarki partnerów. Wskazał na 4 poziomy partnerstwa i stwierdził, że Przystępujący zadeklarował poziom „premier" stanowiące poziom 3, co w świetle postanowień SIWZ wymaga określonego sposobu skalkulowania ceny oferty (III.1.4 rozdział 2 OPZ). W konsekwencji uznaje, że cena jest rażąco niska. Przypomina powodując się na własną znajomość rynku, że cena 2000 zł za osobodzień jest zaniżona. Rynkowa cena to 300 dolarów za godzinę. Wskazując na własny poziom partnerstwa stwierdza, że wobec różnego statusu relacji do Przystępującego brak jest podstaw do prostego porównania ceny oferty za świadczenie usług, a w konsekwencji całej ceny ofertowej. Zauważył, że Przystępujący uprzednio wskazywał swój poziom partnerstwa, jako najwyższy, a obecnie określa go jako „-1". Wskazał na partnerów CISCO działających na terenie Polski, również o statusie „global gold", co wykazał w złożonych wydrukach. Nadal kwestionował wyjaśnienia dot. ceny złożonej przez Przystępującego Zamawiającemu.
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Odnośnie zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Comtegra S.A. [Zarzut 3] w ocenie Zamawiającego, tak sformułowany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
Odnośniepierwszej przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk, Comtegra S.A. wskazała m. in.: „W normalnych warunkach informacje te nie są podawane osobom niezatrudnionym u Wykonawcy. Poniższe wyjaśnienia dotyczą budowania strategii cenowej w oparciu o know-how przedsiębiorcy oraz zawierają dane ekonomiczne i handlowe a co za tym idzie posiadają one wartość gospodarczą" oraz że w razie ujawnienia przedstawianych przez Wykonawcę informacji „konkurenci mogą uzyskać informacje, w jakiej kwocie Wykonawca dostarcza konkretne komponenty konieczne do wykonania zamówienia oraz w jakiej kwocie uzyskuje rabaty na konkretne dostawy konieczne do należytego wykonania zamówienia" a dodatkowo „o marży, jaką Wykonawca zawarł w cenie ofertowej. Informacja ta jest niezwykle cenna dla innych wykonawców i może powodować, że w kolejnych postępowaniach uzyskają oni przewagę nad Wykonawcą zmniejszając zaplanowany zysk. Ujawnienie tej informacji może skutkować w stratach dla Wykonawcy a tym samym pokazuje to, że dane te mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą" .
W kontekście przesłanki drugiej Comtegra S.A. wyjaśniła, że wobec informacji zawartych w wyjaśnieniach podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności. Zastrzeżone informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Podjęte zostały odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy, m.in. dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny Wykonawcy, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem.".
W kontekście przesłanki trzeciej Comtegra S.A. wyjaśniła, że podejmując działania zmierzające do zachowania

poufności ww. dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewnia wskazane środki techniczne, organizacyjne oraz rozwiązania systemowe polegające na:
1) wdrożeniu zintegrowanego sytemu zarządzania i obiegu dokumentów, dzięki któremu pracownicy uzyskują dostęp wyłącznie do tych informacji, które są im niezbędne do wykonywania obowiązków pracowniczych;
2) organizacji pracy zespołów projektowych/przetargowych w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji o nowych projektach;
3) zawieraniu z pracownikami, w szczególności mającymi dostęp do informacji technicznych i technologicznych, umów o zakazie konkurencji oraz umów o zachowaniu poufności;
4) znacznym ograniczeniu praktyk studenckich celem ograniczenia ilości osób niepowołanych, mających wstęp do siedziby firmy i ewentualny dostęp do danych technicznych i technologicznych;
5) zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczaniu ich treści do informacji, których publikacja nie naraża Wykonawcy na szkodę;
6) zastrzeganiu informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym niepodlegających ujawnieniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których składa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź oferty".
Zamawiający uznał za wystarczający dowód, że Wykonawca składający takie oświadczenie podjął działania w celu utrzymania przedstawianych informacji w poufności, zwłaszcza że w uzasadnieniu zostały wymienione rodzajowo środki podjęte w celu zachowania takich informacji w poufności. Wbrew temu, co twierdzi odwołujący brak jest bezwzględnego obowiązku złożenia dowodów wykazujących ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.
W kontekście oceny skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób nie wspomnieć również o tym, że Odwołujący zastrzegł dokładnie te same informacje (Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny), których odtajnienia żąda w odwołaniu. Zdaniem Zamawiającego można postawić znak równości między stopniem szczegółowości oraz sposobem wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego oraz Comtegra S.A. Odwołujący powołuje się na te same okoliczności coComtegra S.A. z tym zastrzeżenie, że dodatkowo zgodnie z jawną częścią oferty załącza Regulamin pracy Comp S.A. Okoliczność ta nie zmienia jednak oceny sposobu zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez obu wykonawców. Zdaniem Zamawiającego oba uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są tożsame w warstwie merytorycznej, więc podnoszenie przez Odwołującego zarzutów wobec uzasadnienia złożonego przez Comtegra S.A. jest niezasadne.
Odnośnie zarzutu 4. - Zaniechanie odrzucenia oferty Comtegra S.A. z uwagi na rażąco niską cenę wskazał, że Odwołujący, zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Comtegra jako zawierającej rażąco niską cenę za „Zapewnienie przez Wykonawcę świadczenia Usług Profesjonalnych na rzecz Zamawiającego" oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Comtegra S.A. nie jest rażąco niska.
Odwołujący wskazał, że „Z formularza ofertowego Comtegra wynika, że za „Zapewnienie przez Wykonawcę świadczenia Usług Profesjonalnych na rzecz Zamawiającego" wykonawca ten zaoferował cenę jednostkową wynoszącą 2 000 zł netto za 1 osobodzień, co daje kwotę 80 000,00 zł netto za 40 osobodni. Przedmiotowa cena nie pozwala na zapewnienie przez Comtegra świadczenia Usług Profesjonalnych przez podmiot trzeci, tj. przez producenta, autoryzowany podmiot współpracujący z Producentem w najwyższym poziomie partnerstwa lub poziomie niższym, o nie więcej niż jeden stopień. Za taką cenę nie jest możliwe zapewnienie tych usług ani u Cisco (producenta) ani u autoryzowanego partnera Cisco oraz osiągnięcie zysku". Jednocześnie, Odwołujący w tej samej pozycji formularza ofertowego zaoferował spełnienie rodzajowo takiego samego świadczenia za cenę wynoszącą 1.600 zł netto za 1 osobodzień. W ocenie Zamawiającego 20% różnica w cenie jednostkowej pomiędzy ofertami dotyczącymi sprzętów różnych producentów nie wzbudza wątpliwości, co do możliwości zrealizowania zamówienia, zwłaszcza, kiedy różnica pomiędzy ofertami, w zakresie ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia wynosi 6%.
Zamawiający wezwał obu Wykonawców do złożenia wyjaśnień, a przeprowadzona ocena wyjaśnień wraz z dowodami nie potwierdza, żeby którakolwiek oferta zawierała rażąco niską cenę. Natomiast w wyniku działania presji konkurencyjnej, tak jak w przypadku tego Postępowania, Wykonawcy są w stanie przedstawić ofertę obejmującą wieloprocentowe rabaty, które w zakresie rynku dostaw sprzętów IT, według wiedzy Zamawiającego są zjawiskiem normalnym i nie wzbudzają wątpliwości co do możliwości zrealizowania całego przedmiotu zamówienia za tak ustaloną cenę.
Odnosząc się do bardzo szczegółowego elementu uzasadnienia tego zarzutu, wyrażonego w pkt IV.7.f) wskazał, iż brak odniesienia do wartości usług (o wartości niespełna dziesięciokrotnie mniejszej od wartości dostaw w obu złożonych ofertach), w uzasadnieniu objęcia wyjaśnień Wykonawcy tajemnicą przedsiębiorstwa, w żaden sposób nie świadczy, iż oferta w zakresie realizacji takich usług miałaby zawierać rażąco niską cenę.
Zamawiający z ostrożności procesowej podnosi również, że zarzut należy jest przedwczesny i nie powinien być rozpoznawany. Zgodnie z orzeczeniem KIO 242/17, KIO 258/17 „Co do zarzutu wystąpienia w ofercie (…) rażąco niskiej ceny, a także nieprawidłowego złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ich nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty (…), Izba stwierdziła, iż zarzut ten trudno poddać ocenie, skoro Odwołujący w ogóle nie miał dostępu do przedmiotowych wyjaśnień, a tym samym w ogóle ich nie widział. Zarzut zaś, czy to naruszenia art. 90 ust. 3, czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób konieczny musi brać swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Odwołujący, bez odniesienia do realnej, a nie jedynie "podejrzewanej" przez siebie treści tych wyjaśnień, nie mógł prawidłowo sformułować zarzutów. Taki stan rzeczy przeczy podstawom ustanowienia środków odwoławczych. W związku z powyższym (…) Izba uznała ten zarzut za przedwczesny".
W związku z powyższym, zarzuty postawione Odwołującego są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.
Przypomniał, że przedmiotem zastrzeżenia informacji był przedstawiony sposób obliczenia ceny. Wykonawca przedstawił informację wiarygodne i niebudzące podejrzeń. W ocenie Zamawiającego nie było konieczności żądania dodatkowych dowodów co do sposobu obliczenia ceny. Wskazał, że ceny obydwu ofert w postępowaniu były zbliżone, a z przepisów nie wynika obowiązek udowodnienia poprawności dokonania zastrzeżeń, lecz wystarczające jest uprawdopodobnienie, że takie czynności miały miejsce. Przypomina porównywalność cen złożonych ofert i podobieństwo zakresu informacji zastrzeżonych. Przy analizie otrzymanych wyjaśnień dot. ceny nie dokonywał szczegółowej analizy kwestii poziomu partnerstwa oferenta mając na uwadze, że sposób realizacji usługi i jego zgodność z wymogami będzie egzekwowany w toku realizacji umowy. Przypomina OPZ w punkcie 3.1.4., gdzie zawarto

wymóg „zapewnienia przez wykonawcę usług profesjonalnych (…)".Stwierdził, że zasady świadczenia usług określał mając na względzie zachowanie uczciwej konkurencji, a określenie rynku geograficznego, co jest dla niego pojęciem zależnym od produktu, rodzaju sieci dystrybucyjnej i polityki sprzedaży producenta. W dotychczasowe praktyce stykał się jedynie z wykonawcami działającymi z siedzibą w RP.
Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Przypomniał, że obydwaj wykonawcy zastrzegli analogiczne informacje. Wskazał na stanowisko własne przedstawione w złożonym piśmie. Przypomniał treść punkt 3.1.4. OPZ wskazując, że jego status jest zgodny z wymogiem i dopuszczeniem do bezpośredniego świadczenia usługi wobec posiadania statusu „-1" w stosunku do poziomu najwyższego w sieci dystrybucyjnej na geograficznym rynku właściwym dla Zamawiającego rozumianym, jako obszar Polski. Oznacza to status dopuszczający do wykonania usługi siłami własnymi bez potrzeby korzystania z usług podmiotów trzecich. Przypomniał, że oznaczenie „global gold" zgodnie z dokumentem złożonym przez Odwołującego oznacza partnerów certyfikowanych do świadczenia usług na obszarze całego świata. Wskazał, że w opisie oznaczenie dla poziomu „gold" omawia się doświadczenie we wdrażaniu i obsłudze w wielu krajach.
Wskazał, że przedstawione przez Przystępującego podmioty o statusie „global" na terenie Polski oznaczają miejsca usytuowania podmiotów i ścieżkę zamawiania dostaw, a nie usług, które są przedmiotem zamówienia w postępowaniu. Wskazał na złożony certyfikat CISCO. Stwierdził, że w zakresie usług na rynku krajowym są 3 poziomy partnerstwa i zgodnie z OPZ do bezpośredniego świadczenia uprawniony jest podmiot o statusie „gold" lub „premier", poziom „global gold" to poziom „gold" w wielu krajach, na obszarze globalnym.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie
z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składają się w szczególności w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia, treść oferty złożonej zamawiającemu przez przystępującego oraz stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. W razie potwierdzenia zasadności zarzutów odwołujący możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On, wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

W zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Comtegra S.A. – oznaczonego w odwołaniu jako zarzut 3., w ocenie składu orzekającego, jest co do zasady, uznany za słuszny. Rację należy przyznać odwołującemu, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od utrwalonej i unormowanej w art. 8 ustawy pzp zasady jawności postępowania, a w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle i w zgodzie z przepisem art. 11 ust. 2 uznk. Izba podziela stwierdzenie z odwołania, że zastrzeżenie przez przystępującego wykonawcę Comtegra S.A. całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest niezasadne i w konsekwencji zaniechanie ich udostępnienia przez zamawiającego narusza wskazaną zasadę ustawy.
Przytaczanie w tym miejscu definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i przesłanek jej zastrzegania, wobec ich niespornej treści i opisu w pismach procesowych, jest zbędne.
Izba zauważa jednocześnie, że w rzeczywistości sposób i zakres zastrzeżonych informacji przez obydwu wykonawców jest analogiczny, co zamawiający nieco na wyrost określił jako „dokładnie te same informacje" i powoływanie się „na te same okoliczności". Fakt ten nie pozbawia wprawdzie znaczenia rozpatrywanego zarzutu, którym Izba jest związana, może mieć jednak znaczenie w kontekście zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu stosownie do art. 7 ustawy pzp. Kolejne spostrzeżenie to fakt, iż wysokość cen ofert jest znacząco zbliżona, co czyni wiarygodną tezę o ich realnej wielkości na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia. Nie zaprzecza temu okoliczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ustawy pzp wobec ziszczenia się ustawowej obowiązkowej przesłanki wynikającej z relacji cen ofert do wielkości oszacowania dokonanego przez zamawiającego.
Ocena zarzutu jako zasadnego nie ma jednak zdaniem składu orzekającego znaczenia przy ocenie wpływu stwierdzonego zaniechania zamawiającego na wynik postępowania, który jest konsekwencją oceny kolejnego zarzutu, oznaczonego w odwołaniu jako zarzut 4., w którym odwołujący podnosi zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty Comtegra S.A. z uwagi na rażąco niską jej cenę, czyli naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy pzp.
Wobec sygnalizowanej wcześnie porównywalnej wielkości cen w ofertach odwołującego i przystępującego, odwołujący dokonał merytorycznego wywodu wskazującego na konieczność poniesienia przez przystępującego znacząco wyższych kosztów, których przedmiotem jest „Zapewnienie przez Wykonawcę świadczenia Usług Profesjonalnych na rzecz Zamawiającego" oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Comtegra S.A. nie jest rażąco niska. Powyższe odwołujący oparł na wymogu z pkt III.1.4 ppkt 1 rozdział II SIWZ - Opisu przedmiotu zamówienia dla Części I, o treści: „Zamawiający wymaga zapewnienia przez Wykonawcę Usług Profesjonalnych świadczonych bezpośrednio przez producenta przedmiotu zamówienia opisanego w pkt III.1.1, III.1.2, III.1.3 powyżej (dalej określanego jako „Producent") lub autoryzowany podmiot współpracujący z Producentem w najwyższym poziomie partnerstwa przewidzianym w sieci dystrybucyjnej danego Producenta na rynku geograficznym właściwym dla Zamawiającego lub poziomie niższym, o nie więcej niż jeden stopień, działający w imieniu tego Producenta (dalej określanego jako „Partner") - w wymiarze łącznie 40 osobodni, przez okres 36 miesięcy od dnia odbioru przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt III.1.1, III. 1.2, HU.3 powyżej." Dalej odwołujący wskazał, że Comtegra nie jest producentem zaoferowanego NGFW, ani autoryzowanym podmiotem współpracującym z Producentem w najwyższym poziomie partnerstwa lub poziomie niższym, o nie więcej niż jeden stopień, działającym w imieniu Producenta. Z tego wnioskuje, że konkurent będzie zobowiązany do zapewnienia Usług Profesjonalnych świadczonych przez podmiot trzeci, taki jak w zacytowanym wymogu, co oznacza, iż kwota dotycząca zapewnienia usług profesjonalnych (cena jednostkowa 2 000 zł netto za 1 osobodzień, a 80 000,00 zł netto za 40 osobodni) jest rażąco zaniżona i nierealna.
Odwołujący w tej samej pozycji formularza ofertowego zaoferował spełnienie rodzajowo takiego samego świadczenia za cenę wynoszącą 1.600 zł netto za 1 osobodzień jednakże podkreślił w toku postępowania, że nierealność ceny przystępującego wynika z poziomu partnerstwa tego wykonawcy uniemożliwiającego samodzielną realizację przedmiotu

zamówienia.
W rozpatrywanym zakresie skład orzekający uznał za wiarygodne wyjaśnienie zamawiającego, który stwierdził, że na etapie analizy otrzymanych wyjaśnień dotyczących ceny nie dokonywał szczegółowej analizy kwestii poziomu partnerstwa oferenta mając na uwadze, że sposób realizacji usługi i jego zgodność z wymogami będzie egzekwowany w toku realizacji umowy, a ponadto opisie przedmiotu zamówienia przewidział w pkt 3.1.4. „zapewnienia przez wykonawcę usług profesjonalnych (…)". Nie kwestionował przy tym stanowiska przystępującego, który określił rynek geograficzny jako właściwy dla obszaru kraju, zwłaszcza, że w dotychczasowe praktyce stykał się jedynie z wykonawcami działającymi z siedzibą w RP.
Izba uznała, że przystępujący wykazał swój poziom partnerstwa ze statusem zgodnym
z wymogiem opisu przedmiotu zamówienia oznaczającym dopuszczenie do bezpośredniego świadczenia usługi wobec posiadania statusu „-1" w stosunku do poziomu najwyższego w sieci dystrybucyjnej na geograficznym rynku właściwym dla zamawiającego rozumianym, jako obszar Polski. Tym samym deklarowany status jako „Premier" oznacza dopuszczenie, w świetle wymogu zamawiającego do wykonania usługi siłami własnymi bez potrzeby korzystania z usług podmiotów trzecich. Powyższe oznacza, że nie musiał, i zapewne nie poniesie dodatkowych kosztów na rzecz podmiotów trzecich, w tym np. podwykonawców.
Wobec dokonanych ustaleń, pomimo uznania zasadności jednego zarzutu, przy jednoczesnym stwierdzeniu, iż zarzucone naruszenie pozostało bez wpływu na wynik postępowania, jakim był wybór najkorzystniejszej oferty, Izba dokonała niniejszego rozstrzygnięcia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……...

……...

……...