Sygn. akt: KIO 2835/21
KIO 2859/21

WYROK

z dnia 21 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 27 września 2021 r. przez wykonawcę: Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt KIO 2835/21),

B. w dniu 27 września 2021 r. przez wykonawcę: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa (sygn. akt KIO 2859/21),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,

przy udziale:

A. wykonawcy: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2835/21 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy: Betacom S.A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2835/21 i KIO 2859/21 po stronie zamawiającego,

C. wykonawcy: Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2859/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala
odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt KIO 2835/21) i Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa (sygn. akt KIO 2859/21), i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr

(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt KIO 2835/21) i Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa (sygn. akt KIO 2859/21) tytułem

wpisu od odwołania, w tym:

2.1.1. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Advatech Sp. z o.o., ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław (sygn. akt KIO 2835/21),

2.1.2. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa (sygn. akt KIO 2859/21).

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 2835/21
KIO 2859/21

Uzasadnienie

Zamawiający, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup oprogramowania klasy SAM (Software Asset Management) wraz z wdrożeniem, wsparciem i usługami dodatkowymi". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 marca 2021 r., pod numerem 2021/S 062-156536.

Zamawiający w dniu 15 września 2021 r. przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o odrzuceniu ofert oraz o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Betacom S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

KIO 2835/21

Wykonawca Advatech Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2019.2019), zwanej dalej „Pzp" wniósł odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Betacom S.A. jako oferty najkorzystniejszej;

2. czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp;

3. zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na uznaniu za nieskuteczne dokonanego przez Betacom S.A. zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty

Odwołującego w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że:

a. zaoferowana przez Odwołującego cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej,

b. złożone przez Odwołującego w dniu 25 czerwca 2021 r. wyjaśnienia są ogólnikowe i nie obalają domniemania zaoferowania przez Odwołującego ceny rażąco niskiej,

w sytuacji, w której z okoliczności sprawy, a także z treści złożonych wyjaśnień wynika jednoznacznie, że zaoferowana przez Odwołującego cena została skalkulowana prawidłowo, pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, a także wygenerowanie zysku z tego tytułu.

2. art. 74 ust. 1 Pzp w zw. z art 18 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności polegającej na uznaniu za nieskuteczne dokonanego przez Betacom S.A. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (i) zobowiązania podmiotu trzeciego, (ii) formularza ofertowego w zakresie punktu 1.4, (iii) Wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2 SWZ wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, (iv) dowodów potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek wskazanych w pkt III.1. SWZ oraz udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu pomimo tego, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie spełniają przesłanek do ich zastrzeżenia zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Betacom S.A. jako oferty najkorzystniejszej;

2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3. uznania za nieskuteczne dokonanego przez Betacom S.A. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (i) zobowiązania podmiotu trzeciego, (ii) formularza ofertowego w zakresie punktu 1.4, (iii) Wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2 SWZ wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, (iv) dowodów potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek wskazanych w pkt III.1. SWZ oraz udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu;

4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp to oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, a w konsekwencji Odwołujący otrzymałby możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia dokumentów Betacom S.A. - uwzględnienie odwołania spowoduje możliwość zapoznania się z ich treścią oraz, jeśli zaistnieją ku temu właściwe przesłanki, wniesienia środków ochrony prawnej skutkujących wykluczeniem Betacom S.A. z postępowania lub odrzuceniem oferty tego wykonawcy, co zwiększy szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia.

W przypadku oddalenia niniejszego odwołania w zakresie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Odwołujący po zapoznaniu się z zastrzeżonymi nieskutecznie informacjami przez Betacom S.A., będzie miał możliwość wniesienia środków ochrony prawnej prowadzących do wykluczenia Betacom S.A. z postępowania lub odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 225 pkt 1 Pzp (oferta Betacom S.A. pozostaje na dzień wniesienia odwołania jedyną ważną ofertą w postępowaniu). Odwołujący uzyska możliwość wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego oraz będzie miał szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Zamawiający w Rozdziale X Specyfikacji Warunków Zamówienia opisał zasady sposobu obliczania ceny, zgodnie z którymi: „1. Wykonawca zobowiązany jest do wyliczenia i podania cen jednostkowych netto, ceny ofertowej netto, należnego podatku od towarów i usług VAT oraz ceny ofertowej brutto, w sposób określony w Formularzu Ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ.

2. Ceny określone w Formularzu Ofertowym powinny zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Podane ceny nie podlegają zmianom przez okres obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem postanowień Rozdz. XIV pkt 4 niniejszej SWZ. ”

Zamawiający zamieścił jako załącznik do SWZ wzór formularza cenowego, w którym

każdy z wykonawców był zobowiązany do wyceny następujących pozycji ceny oferty:
a. Wynagrodzenie z tytułu korzystania z systemu SAM, zgodnie z ogólnymi warunkami licencyjnymi producenta SAM [kwota wskazana jako ryczałt];

b. Wynagrodzenie z tytułu Wdrożenia systemu SAM [kwota wskazana jako ryczałt] ;

c. Wynagrodzenie z tytułu korzystania z Usługi Asysty Technicznej w okresie wskazanym w S 2 ust. 2 Umowy [iloczyn: cena jednostkowa za 1 mc * 36 miesięcy]

d. Wynagrodzenie z tytułu świadczenia Usługi Wsparcia w okresie wskazanym w § 2 ust. 3 Umowy [iloczyn: cena jednostkowa za 1 h * 750 godz.].

W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, w tym oferta Odwołującego, która zawierała czwartą pod względem wysokości cenę w postępowaniu. Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosi 3 712 140,00 zł brutto.

W dniu 16 września 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu wszystkich złożonych ofert. Zamawiający w dniu 21 września odmówił udostępnienia Odwołującemu części dokumentacji złożonej przez Betacom S.A., która została zastrzeżona przez Betacom S.A., jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący podniósł brak możliwości przypisania zaoferowanej cenie charakteru ceny rażąco niskiej. Wskazał, że z dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 Pzp wynika, że odrzuceniu podlega oferta, która nosi znamiona ceny rażąco niskiej, oraz co do której wykonawca nie obalił domniemania, że jest rażąco niska, tj. wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 Pzp albo wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie uzasadniają (nie potwierdzają) wysokości zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

Zamawiający, uznając, że dana oferta nosi przymiot rażąco niskiej jest obowiązany udowodnić i potwierdzić tę okoliczność. Przy czym należy wskazać, że na gruncie ustawy Pzp nie funkcjonuje definicja „ceny rażąco niskiej'. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zapadłym na kanwie uprzednio obowiązujących przepisów został wypracowany jednolity pogląd, że „rażąco niska cena" to cena, która jest cena nierealną, za którą przy zachowaniu zobiektywizowanych reguł rynkowych — nie da się wykonać zamówienia.

Z uwagi na okoliczność, że przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z 2004 r. zostały transponowane wprost do przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp (z 2019 r.) wydane przez Izbę w tym zakresie wyroki nie straciły na aktualności, a wnioski z nich płynące można stosować również do stanów faktycznych zaistniałych na gruncie nowych przepisów.

W celu ustalenia, czy dana oferta zawiera cenę rażąco niską niezbędne jest dokonanie zobiektywizowanej analizy kosztów i ustalenie, czy faktycznie badana cena jest niewiarygodna na tyle, że nie pozwala na wykonanie zamówienia. Przy czym ocena rażąco niskiej ceny nie może doprowadzić do wyeliminowania podmiotu, który przy użyciu reguł konkurencji, racjonalnej kalkulacji ekonomicznej i gospodarczej jest w stanie zaoferować znacznie tańszą usługę od konkurencji.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę analizowanego stanu faktycznego nie sposób uznać, że cena Odwołującego jest ceną „nierealną", „niewystępującą na rynku", „nie dającą gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia". Wskazać bowiem należy, że jest ona czwartą (na sześć złożonych ofert) pod względem wysokości ceną zaoferowaną w postępowaniu, która jest dodatkowo wyższa od średniej arytmetycznej wszystkich zaoferowanych cen w postępowaniu.

Odniesienie ceny zaoferowanej przez Odwołującego do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu wydaje się zasadne, gdyż w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia nie ma charakteru indywidualnego, a obejmuje zakup standardowych licencji na oprogramowanie ("off-the-shelf[t]) i jego wdrożenie w infrastrukturze zamawiającego, a następnie świadczenie - przez z góry określony okres - wsparcia technicznego. W świetle powyższego, każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu dokonał kalkulacji ceny w oparciu o te same założenia, a ceny w tym zakresie są porównywalne. Ceny te są rynkowe, bowiem należy mieć na względzie, że w postępowaniu biorą udział wiodące w branży firmy zajmujące się oferowaniem tego rodzaju rozwiązań.

Odwołujący podkreślił, że oferta wykonawcy Betacom S.A., która została wybrana

jako najkorzystniejsza, jest wyższa od ceny zawartej w ofercie Odwołującego o mniej niż 2% (różnica wynosi ok. 50.000 zł, co przy globalnych kwotach oscylujących na poziomie kilku milionów złotych stanowi niewielką różnicę). Na cenę zaoferowaną przez Betacom S.A. składa się również wynagrodzenie podwykonawcy - podmiotu użyczającego zasoby Betacom S.A. - i finalnie cena „podstawowa", po odjęciu kosztów usług zewnętrznych, oscyluje na tym samym poziomie co cena zaoferowana przez Odwołującego. Innymi słowy, Zamawiający w przypadku obu wykonawców, którzy złożyli oferty zgodne z warunkami zamówienia za zbliżone do siebie kwoty, traktuje i stawia w zupełnie innej pozycji i sytuacji.

Zamawiający przyjął, że Odwołujący nie jest w stanie wykonać zamówienia ponieważ zaoferowana przez niego cena odbiega o 30,2% od szacunkowej wartości zamówienia. Różnica między budżetem Zamawiającego, a najwyższą zaoferowaną w postępowaniu ceną zaoferowaną przez Decsoft S.A., wynosi ok. 1 mln złotych. W ocenie Odwołującego, tak znacząca różnica pomiędzy budżetem Zamawiającego, a oferowanymi w postępowaniu cenami, świadczy o „przeszacowaniu" wartości zamówienia. Zatem zasadne byłoby przyjęcie, że ustalona na etapie przygotowania postępowania wartość szacunkowa zamówienia nie powinna stanowić kluczowego czynnika dla oceny zaoferowanych przez wykonawców cen.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wskazał dlaczego uznaje, że cena Odwołującego jest rażąco niska np. poprzez porównanie ceny Odwołującego do cen oferowanych na rynku przez innych wykonawców, czy też do przepisów obowiązującego prawa określających minimalne stawki za wynagrodzenia o pracę.

W świetle powyższego nie sposób przyjąć, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest rażąco niska i zachodzą przesłanki jej odrzucenia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Już z tego względu, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Celem wszczęcia i przeprowadzenia procedury wyjaśniającej uregulowanej w art. 224 ust. 1 Pzp jest zapoznanie się przez Zamawiającego ze sposobem kalkulacji ceny danego wykonawcy i ustalenie czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Przeprowadzona przez Zamawiającego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny - w przypadku oferty Odwołującego - nie została przeprowadzona w sposób prawidłowy.

Zamawiający nie dążył bowiem do ustalenia czy za zaoferowaną cenę jest możliwe wykonanie zamówienia, ale był ukierunkowany na zrealizowanie formalnego i prawnego obowiązku narzuconego art. 224 ust. 1 i 2 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie udzielił de facto odpowiedzi na pytanie czy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego

Zamawiający uznał, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia są „ogólne", „mało szczegółowe", jednakże nie wziął pod uwagę, że w warunkach jakich Odwołujący zamierza zrealizować zamówienie ilość czynników koszto-twórczych jest ograniczona, jak też nie wziął pod uwagę i nie dokonał analizy załączonych do wyjaśnień kalkulacji, z których wynika realność zaoferowanej przez Odwołującego ceny.

Przyjmując optykę Zamawiającego Odwołujący byłby obowiązany do sztucznego tworzenia elementów składowych ceny oferty tylko po to, aby ograniczyć ryzyko, że Zamawiający zakwestionuje sposób przyjętej kalkulacji.

Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. wymienił elementy mające wpływ na wysokość oferty tak samo jak uczynił to Odwołujący (i tym samym potwierdził założenia Odwołującego, że na cenę składają się dwa koszty - zakup oprogramowania i koszty własne). Jedyną różnicą jest to, że Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. wymienił wartość poszczególnych kosztów, a Odwołujący wskazał ich zbiorczą wartość. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. nie wskazał na jakiej podstawie wyliczył poszczególne kwoty, jakie było źródło ich ustalenia, jak również nie przedstawił dowodów na potwierdzenie faktu ich ponoszenia. Wartość merytoryczna złożonych wyjaśnień nie jest, zatem wyższa od wartości wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Wyjaśnienia Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. również mają - w rozumieniu Zamawiającego charakter wyjaśnień „ogólnych" i mało szczegółowych. Przykładowo w wyjaśnieniach wskazano, że: „W grupie pozostałych kosztów zawarto koszt zabezpieczenia ryzyka w wysokości 100 000,00 zł netto." przy czym nie wymienia, co wchodzi w zakres „pozostałych kosztów" i na jakiej podstawie obliczył wartość tej pozycji. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. wymienia również koszty (i ich wartość), które nie są ponoszone przez

Odwołującego, takie jak koszt wniesienia wadium. Odwołujący wniósł wadium w formie pieniężnej, natomiast Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. w formie gwarancji bankowej. Z tego też tytułu pozycja ta nie znalazła się w wycenie dokonanej przez Odwołującego, gdyż nie będzie ponosił kosztu z tytułu otrzymanych instrumentów bankowych.

Podobnie także należy odnieść się do informacji w zakresie kosztów jak dostawa usługi audyt software management czy dostawa usługi warsztatów z zasad korzystania z SAM. Koszty te nie będą ponoszone przez Odwołującego, gdyż w tym zakresie samodzielnie wykona zamówienie. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. również wskazał na wysokość 1 godziny pracy specjalisty w zakresie asysty technicznej. Wskazywany koszt to 140 zł netto / godzina (w ofercie wskazano na 150 zł netto / godzina), a więc przyjmowana marża wynosi ok. 7% (na niższym poziomie niż przyjmuje to Odwołujący).

W świetle powyższego, nie można uznać za prawidłowe działania Zamawiającego, który otrzymując od wykonawców wyjaśnienia o podobnym zakresie i opartych na tych samych założeniach wobec jednego z wykonawców czyni zarzut nie obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, a wyjaśnienia drugiego z wykonawców akceptuje. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu przedłożył aspekty formalne wywiedzione z prezentowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczeń (zapadłych w innych stanach faktycznych) nad względy merytoryczne i celowościowe wynikające z dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp, z których wynika, że nie sposób przyjąć, że cena zaoferowana przez Odwołującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp — zaniechanie odtajnienia dokumentów Betacom S.A.

Betacom S.A. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa (i) zobowiązanie podmiotu trzeciego, (ii) Wykaz usług na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2 SWZ wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, (iii) dowody potwierdzające, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek wskazanych w pkt III.1. SWZ.

W ocenie Odwołującego, dokonane zastrzeżenie jest nieskuteczne, a Zamawiający nie przeprowadził wnikliwej weryfikacji, czy faktycznie zastrzegane informacje spełniają przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuzasadniony przyjął, że Betacom

S.A. wykazał istnienie wszystkich przesłanek uprawniających do przyjęcia, że treść zastrzeżonych dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ad - wartość gospodarcza zastrzeganych informacji

Betacom S.A. zarówno do oferty, jak i dokumentów składanych na wezwanie z art. 126 ust. 1 Pzp przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów związanych z poleganiem na zasobach podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał, że kwestia organizacji u wykonawcy, tj. okoliczność, iż nie posiada on doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w pkt III.2 SWZ, została już przez wykonawcę ujawniona i jako taka nie posiada już statusu informacji poufnej.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powyższych informacji ma jedynie na celu uniemożliwienie konkurentom zapoznanie się z projektami referencyjnymi, na które powołuje się Betacom S.A. w celu zminimalizowania ryzyka ich zakwestionowania. Niemniej jednak wskazać należy, że skorzystanie z możliwości utajnienia informacji nie służy blokowaniu możliwości podważenia ich udziału w danym postępowaniu, ale ochronie informacji, która jest cenna z punktu widzenia danego podmiotu.

Betacom S.A. powołuje się na fakt poniesienia kosztów związanych z poszukiwaniem podmiotu użyczającego zasoby, jednakże nie wskazuje z jakich metod identyfikacji kontrahentów korzystał i nie wskazał na jakim poziomie oscylują poniesione przez niego koszty.

Betacom S.A. stoi na stanowisku, że upublicznienie informacji na temat nazwy podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega oraz zakresu posiadanego przez niego doświadczenia spowoduje, że konkurencji pozyskają wiedzę, że na rynku istnieje podmiot o określonych kompetencjach. Posiadanie tej wiedzy nie rodzi jednakże żadnych konsekwencji po stronie Betacom S.A.

Każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu - poza Odwołującym - polega na zasobach podmiotów trzecich. Powyższe oznacza, że na rynku istnieje wiele firm, które

legitymują się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego i są skłonne te doświadczenie użyczać innym podmiotom. W świetle powyższego utajniona przez Betacom S.A. informacja w żaden sposób nie wpłynie na jej pozycję na rynku, jak również nie przysporzy żadnej szkody po stronie tej firmy. Przywołane argumenty nie posiadają uzasadnienia w zasadach funkcjonowania podmiotów gospodarczych na rynku.

Dodatkowo „nakłanianie" podmiotu trzeciego do wypowiedzenia zobowiązania do udostępnienia zasobów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji penalizowany na gruncie prawa polskiego. Powołanie argumentów związanych z ryzykiem podkupienia kontrahenta do zakończenia współpracy z wykonawcą nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Odwołującego, Betacom S.A. nie udowodnił, że utajnione informacje mają wartość gospodarczą.

Ad — poufny charakter informacji oraz wykazanie podjęcia środków zaradczych

Odnosząc się do kolejnych przesłanek niezbędnych do uznania, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. poufnego charakteru informacji oraz podjęcia środków zaradczych przed dostępem osób postronnych do zastrzeżonych informacji, w

niniejszym stanie faktycznym, tak jak zostało już wskazane powyżej, większość informacji

została już ujawniona przez samego wykonawcę

Betacom S.A. w wyjaśnieniach złożonych wraz z ofertą wskazuje, że jedynym działaniem jakie podjęła w celu zachowania poufności danych jest „ograniczenie liczby osób znających treść tych dokumentów do niezbędnego minimum, zobowiązując jednocześnie te

osoby do zachowania w tajemnicy posiadanych informacji."

Betacom S.A. nie dołączył żadnych dowodów potwierdzających zarówno fakt ograniczeń kadrowych przy przetwarzaniu i dysponowaniu danymi, jak również, że osoby te zobowiązały zachować w poufności powierzone im informacje. Przede wszystkim Betacom

S.A. był zobowiązany udowodnić, że podmiot trzeci będący drugą stroną zawartego porozumienia również jest zobowiązany do nieprzekazywania nieuprawnionym osobom informacji o fakcie udostępnienia Betacom S.A. zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia. Ochrona informacji jedynie w strukturach danej firmy może okazać się niewystarczająca dla

utrzymania ich poufnego statusu.

Zamawiający, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), winien uznać dokonane przez Betacom S.A. zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne i odtajnić oraz ujawnić Odwołującemu tę część dokumentacji postępowania. Odmawiając udostępnienia tej części dokumentacji Odwołującemu, Zamawiający naruszył art. 74 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2835/21 po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca Betacom S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2835/21 po stronie Zamawiającego. Wykonawca przedstawił swoje stanowisko w piśmie z dnia 19 października 2021 r. Podkreślił, że bezspornym w sprawie jest, że poziom ceny oferty Odwołującego w relacji do wartości przedmiotu zamówienia obligował Zamawiającego do wezwania Advatech Sp. z o.o. do wyjaśnień ceny złożonej oferty.

W tej sytuacji argumentacja Odwołującego, który polemizuje z podstawą do kierowania do niego wezwania winna być całkowicie pominięta jako niemająca znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. O ile Odwołujący uważał w dacie skierowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny, że wezwanie to jest nieuprawnione i narusza przepisy Pzp miał obowiązek w zawitym terminie skarżyć tą czynność Zamawiającego w drodze przysługujących mu środków ochrony prawnej. Zaniechanie wniesienia przez Odwołującego w terminie 10 dni od wezwania z dnia 21.06.br. odwołania do KIO definitywnie kończy kwestię istnienia przyczyn wezwania do wyjaśnień ceny.

Wobec powyższego Przystępujący wnosi o pominięcie w orzekaniu kwestii zawartych w treści odwołania zestawień/porównań cen poszczególnych ofert i argumentacji o braku

podstaw do wezwania jako niezwiązanych z podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący nie kwestionował ani wyznaczonego, w ocenie Przystępującego, wystarczającego terminu dla udzielenia wyjaśnień ceny ani też zasadności i podstaw tak faktycznych, jak i prawnych samego wezwania. W tej sytuacji w przypadku skierowania do wykonawcy przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powstaje domniemanie istnienia takiej ceny w tej ofercie, które winno być przez niego skutecznie obalone w składanych wyjaśnieniach. Stosownie bowiem do art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (przykładowo KIO 1856/20, wyrok z dnia 17 września 2020 r.).

Dodatkowo należy pamiętać, że po skierowaniu wezwania do wyjaśnień ceny przez Zamawiającego nie jest już dokonywana analiza zasadności/podstaw dokonanego wezwania. Zamawiający formułując wezwanie potwierdził, że poziom zaniżenia wyceny uzasadnia wątpliwości odnośnie rzetelności kalkulacji i bada oraz ocenia treść złożonych wyjaśnień.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego:

pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień ceny wraz z koniecznymi dowodami Odwołujący wezwanie zbagatelizował i poprzestał na ogólnikowych informacjach nt. sposobu wyceny ofertowej i nie zdołał tym samym obalić domniemania rażąco niskiej ceny.

Odtworzenie kalkulacji, a w szczególności wykazanie i udowodnienie konkretnych źródeł wyceny ofertowej spoczywało po stronie wezwanego do wyjaśnień ceny wykonawcy. Oferta składana w postępowaniu nie zawierała poza powyższą wyceną żadnych innych źródeł informacji nt. pochodzenia kosztów, tak więc to wyłącznie wyjaśnienia i składane wraz z nimi dowody miały wykazać, że wycena jest realna, rzetelna, kompletna i rynkowa.

Trudno w tej sytuacji oczekiwać, aby to Zamawiający w treści wezwania miał wprost wskazywać jakie szczegółowe elementy wyceny i w jaki sposób mają być wyjaśnione i udokumentowane dowodowo. Przystępujący podkreślił, że o ile wezwany do wyjaśnień ceny uważał, że wezwanie jest dla niego zbyt ogólne i nieprecyzyjne, winien był albo w tym zakresie skarżyć wezwanie albo też kierować do Zamawiającego wezwanie do doprecyzowania treści wezwania, tym bardziej wiedząc jakie konsekwencje wiążą się z nieskutecznym wyjaśnieniem ceny.

Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty przez Zamawiającego wezwany do wyjaśnień nie udźwignął ciężaru dowodu w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców, którzy także byli wzywani do wyjaśnień jednak ich wyjaśnienia i dowody okazały się skuteczne i pełne.

Argumentacja jaką prezentuje Odwołujący, próbująca zestawiać i porównywać elementy składowe ceny zawarte na Formularzu cenowym pomiędzy poszczególnymi wykonawcami nie może stanowić podstawy wykazania, że cena jaką oferuje w postępowaniu nie jest rażąco niska. Kalkulacja ceny oferty, źródła pochodzenia kosztów stanowią kwestię zindywidualizowaną i właściwą każdemu wykonawcy. Sam fakt, że pozostali uczestnicy postępowania, pomimo, że mieli niższą cenę oferty nie zostali jednak odrzuceni jest w tym miejscu całkowicie bez znaczenia. Cena, która dla jednego wykonawcy jest ceną realną i uzasadnioną ekonomicznie w przypadku innego wykonawcy nie oznacza, że jest ona realna i stąd indywidualny charakter wyjaśnień każdego z wykonawców.

Nie sposób podzielić stanowiska, że przy tak sformułowanym wezwaniu Zamawiający powinien uznać za wystarczające jakiekolwiek wyjaśnienia, w tym wyjaśnienia tak ogólnikowe i gołosłowne, jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie

Zakaz kierowania do wykonawcy kolejnych wezwań w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia są niewystarczające, wynika z przepisów art. 224 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp. W takiej sytuacji, która daje zamawiającemu prawo uznaniowego decydowania o tym, ile razy wykonawca otrzyma możliwość uzupełnienia i doprecyzowania swoich wyjaśnień, powstaje też ryzyko nierównego traktowania wykonawców poprzez zróżnicowanie ich szans na wykazanie prawidłowości ceny. W związku z tym, w orzecznictwie Izby ukształtowane i trwale prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a czynność ponownego wezwania można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia, które można uznać za rzetelne i wiarygodne, dostarczyły określonych informacji powodujących nowe, wymagające usunięcia wątpliwości lub obejmują kwestie, co do których zamawiający musi się jeszcze ostatecznie upewnić. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne - jak to miało

miejsce w niniejszej sprawie.

W tej sytuacji, wobec przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wezwania do wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego oferta ta winna podlegać odrzuceniu, bowiem wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów Betacom S.A.

Przystępujący wniósł o odrzucenie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp, przez

zaniechanie odtajnienia dokumentów Betacom S.A. jako wniesionego z uchybieniem terminu w odniesieniu do dokumentów złożonych wraz z ofertą. Odwołujący pominął tymczasem, że wniosek o udostępnienie oferty Betacom oraz dokumentów podmiotowych składał już 16.06.2021r. i uzyskał odmowe udostępnienia części oferty m.in. Betacom zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący powziął wiedzę o zastrzeżonej części oferty Betacom (JEDZ oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego identyfikujące ten podmiot i w treści zobowiązania zawierające dane nt. zamówień referencyjnych) uzyskał dostęp do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Betacom oraz otrzymał informacje o uznaniu przez Zamawiającego pozostałych informacji złożonych wraz z ofertą, jako skutecznie zastrzeżonych — tajemnica przedsiębiorstwa.

W tej sytuacji zawity 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu upłynął 27 czerwca 2021 r. i termin nie może być przywrócony na aktualnym etapie postępowania. Termin na kwestionowanie odwołaniem zaniechania udostępnienia złożonych przez wykonawców dokumentów oraz informacji rozpoczął swój bieg z dniem uznania przez Zamawiającego tych informacji za skutecznie chronione w trybie art. 18 ust 3 Pzp.

Przystępujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w zgłoszonym przystąpieniu w zakresie braku wpływu powyższej okoliczności na interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Odnośnie skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w treści złożonych na wezwanie Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych w postaci:

- zobowiązania podmiotu trzeciego,

- wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 1 11.2 SWZ wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,

- dowodów potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek wskazanych w pkt III. 1. SWZ,

Przystępujący wyjaśnił, że już składając w postępowaniu ofertę dokonał zastrzeżenia składanych z nią dokumentów w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, JEDZ tego podmiotu oraz części formularza ofertowego w zakresie haseł i loginów do prezentacji próbki jako tajemnicy przedsiębiorstwa, składając w tym zakresie odrębne uzasadnienie.

Zamawiający, jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, w

postaci przekazanej Przystępującemu, dokonał oceny zasadności ochrony tych informacji wskazując, że podmiotowe środki dowodowe złożone na wezwanie Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej w trybie art. 126 Pzp uznane przez Betacom jako

tajemnica przedsiębiorstwa takie jak wykaz zamówień referencyjnych podmiotu użyczającego, referencje zamówień podmiotu trzeciego odnosiły się i były konsekwencją uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa już na etapie ofertowania danych dotyczących podmiotu trzeciego (zobowiązanie, JEDZ). Wraz ze złożeniem dokumentów podmiotowych Betacom złożył także odrębne uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dla tych dokumentów.

Przystępujący na każdym etapie postępowania skutecznie chronił informacje dotyczące samego podmiotu trzeciego użyczającego potencjał wiedzy i doświadczenia w trybie art. 118 Pzp składając w tym zakresie odrębne uzasadnienie.

W ocenie Przystępującego, poziom szczegółowości uzasadnienia jest wystarczający i adekwatny do zastrzeganych informacji. Przystępujący wskazał, że zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone wraz z ofertą z dnia 1.06.2021r. zawiera w szczególności wyraźne zobowiązanie adresowane do Betacom do traktowania przekazanych informacji, dokumentów oraz złożonego zobowiązania jako tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotu udostępniającego z prawem udostępnienia jej wyłącznie Zamawiającemu w celu przeprowadzenia postępowania, w celu badania i oceny oferty.

W związku z tym, że Przystępujący potwierdza, że ww. informacje stanowią dla niego wartość gospodarczą - w tym miejscu należy przywołać stanowisko doktryny, gdzie wskazuje się, że „Wartość gospodarczą mają informacje, których rozpowszechnienie może zagrażać konkurencyjnej pozycji wykonawcy w określonym segmencie rynku. Za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać również wszelkie informacje o wykonawcy, które w toku konkurencji mogą zachwiać pozycją wykonawcy w określonym segmencie rynku" (J. E. Nowicki, Komentarz do art. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: A. Bazan, J. E. Nowicki). Niezaprzeczalnie zatem przedstawione przez Wykonawcę utajnione dokumenty obejmują swoim zakresem informacje, które bezpośrednio stanowią istotną wartość gospodarczą.

Przepis art. 11 ust. 8 u,z.n.k. koresponduje z motywem 18 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8.06.2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem.

Orzecznictwo KIO wprost potwierdza dopuszczalność ochrony informacji jak zastrzegane w przedmiotowej sprawie - „Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji” (wyr. KIO z 14.04.2014 r., KIO 495/14, KIO 507/14, KIO 508/14, LEX nr 1455092).

Podsumowując, w ocenie Przystępującego, powyższe uzasadnienie potwierdza, że przyczyna żądania ochrony informacji jest w pełni uzasadniona zaś sposób w jaki ochrona jest realizowana spełnia wymagania o których mowa w art. 18 ust 3 Pzp. Mając to na względzie, w ocenie Wykonawcy, ochrona zastrzeżonych informacji stała się uzasadniona i konieczna a decyzja Zamawiającego o utrzymaniu ich w tajemnicy zgodna

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący zawarł w odwołaniu szereg ogólnych i nieuzasadnionych w żaden sposób twierdzeń, dla których nie sposób odnaleźć punktu odniesienia w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania.

Polityka współpracy przedsiębiorców, stanowi obszar działalności przedsiębiorstwa, który może być objęty ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Obowiązujące przepisy nie stanowią żadnych wyłączeń w tym zakresie.

Zamawiający, jak wynika z zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, nie ma żadnych wątpliwości, że sposób organizacji realizacji usług oraz wynikające z tego zasady współpracy biznesowej podmiotów rynkowych mają charakter organizacyjny i posiadają wartość gospodarczą. Zastrzeżone informacje zostały wytworzone, jako zbiór indywidualnie określonych informacji dla potrzeb przedmiotowego zamówienia, a tym samym odniesienie tych informacji do warunków danego zamówienia pozwala na poznanie, w jaki sposób dany wykonawca zaplanował zorganizowanie, wykonanie usług. Są to dane istotne z punktu widzenia konkurencyjności danego wykonawcy na rynku.

Zarówno w zakresie podmiotu użyczającego jego potencjał i tego, że udostępnia go wykonawcy jak również szczegółowe informacje nt. projektów referencyjnych tego podmiotu z rynku niepublicznego i ich indywidualne zestawienie w tym postępowaniu niesie ze sobą adekwatną wartość gospodarczą.

Nadto, Przystępujący szczegółowo odniósł się do poszczególnych elementów definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przenosząc je na grunt przedmiotowej sprawy i konkretnych okoliczności uzasadniających objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Przystępujący wskazał, iż:

1) utajnione informacje stanowią informacje organizacyjne o wartości gospodarczej oraz mają indywidualny charakter,

2) utajnione informacje nie zostały nigdy, w żadnym miejscu podane do publicznej wiadomości oraz że wolą wykonawcy jak również wprost podmiotu użyczającego potencjał jest by nigdy nie były ujawniane na zewnątrz nie są one dostępne drogą zwykłą i dozwoloną,

3) wykonawca podjął wszystkie niezbędne czynności w celu zachowania ich w poufności.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp obowiązek „wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” nie jest równoznaczny z obowiązkiem każdorazowo udowodnienia tego faktu, tj. przedstawienia pliku dowodów potwierdzających istnienie faktów. żaden z przepisów prawa nie wymaga od wykonawcy dokonującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa „dowodów” popierających każde oświadczenia i argument podnoszony przez wykonawcę

dokonującego zastrzeżenia.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał (ani nie podjął próby wykazania) powodów, dla których skonkretyzowanym oświadczeniom oraz informacjom Przystępującego w zakresie przesłanek art. 11 ust. 2 u.z.n.k., tj. wartości gospodarczej informacji, braku powszechnej znajomości tych informacji osobom zwykle zajmujmy się tym rodzajem informacji albo podjęciu przez Przystępującego działań w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności; należało odmówić wiarygodności i mocy dowodowej.

Co więcej, Odwołujący zdaje się w ogóle nie twierdzić, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje nie mają wartości gospodarczej, ani że faktycznie nie podjęto względem tych informacji racjonalnych działań ochronnych, przez co pośrednio przyznaje, że taki walor tajemnicy przedsiębiorstwa informacje te posiadają.

Także sam Odwołujący nie był w stanie wykazać, że zastrzegane informacje w istocie są powszechnie dostępne albo dostępne osobom zawodowo zajmującym się tego typu informacjami. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że osoby takie mogą uzyskać legalny dostęp do zastrzeżonych informacji, a w efekcie brak jest podstaw do zakwestionowania wartości dowodowej uzasadnienia Przystępującego o stosowaniu takich mechanizmów ochrony informacji. Potwierdza to zasadność ochrony takich informacji. Jak wskazuje KIO w wyroku KIO z 29.01.2018 r., KIO 90/18:

Odwołujący poprzestaje na formułowaniu gołosłownych twierdzeń odnośnie rzekomego niewykazania w sposób należyty, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołanie pomija treść złożonego uzasadnienia tajemnicy i konkretną argumentacją i przyczyny żądanej ochrony informacji.

O pozorności zarzutu najlepiej świadczy kwestia złożonego przez samego Odwołującego uzasadnienia tajemnicy w złożonym odwołaniu w kontekście zarzutu wobec Przystępującego w odniesieniu do nieprzedstawienia koniecznych dowodów dla ochrony poufności informacji. Sam Odwołujący składa wraz z odwołaniem Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa i jakichkolwiek dowodów na tą okoliczność sam nie składa.

Zatem powyższe potwierdza, że Odwołujący domaga się od pozostałych wykonawców dowodów których sam nie składa, jednocześnie uważając, że tak złożone uzasadnienie tajemnicy jest w pełni skuteczne a takiej samej skuteczności odmawia Przystępującemu. Na tej samej zatem zasadzie dowody jakie sam Odwołujący składa w postępowaniu odwoławczym automatycznie musiałby być odtajnione.

Zamawiający, złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w

całości

Zamawiający zaprzeczył wszelkim twierdzeniom Odwołującego, poza wyraźnie przyznanymi w treści niniejszego pisma oraz wnosi o oddalenie Odwołania jako bezzasadnego.

W odniesieniu do wywodów Odwołującego nt. „Braku możliwości przypisania cenie zaoferowanej przez Odwołującego charakteru ceny rażąco niskiej”:

Zamawiający w dniu 21 czerwca 2021 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, albowiem zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Wezwanie dokonane przez Zamawiającego stanowiło zatem wypełnienie obowiązku ustawowego, tj. dyspozycji art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wobec ziszczenia się zawartej tamże

hipotezy, tj. cena całkowita oferty Odwołującego była niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Ustawodawca przewidział możliwość odstąpienia od żądania wyjaśnień w takich okolicznościach jedynie w przypadku, w którym rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Argumentacja, która referuje do rzekomego „przeszacowania” przez Zamawiającego wartości zamówienia nie może się ostać jako spóźniona, winna bowiem zostać podniesiona

w ramach środka ochrony prawnej kwestionującego zasadność dokonanego przez Zamawiającego w dniu 21 czerwca 2021 r. wezwania Odwołującego, a nie dopiero na etapie odrzucenia oferty.

Kolejnym zasadniczym elementem uzasadnienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 Pzp wymagającym odniesienia już na wstępie jest teza Odwołującego, zgodnie z którą „Zamawiający uznając, że dana oferta nosi przymiot rażąco niskiej ceny jest obowiązany udowodnić i potwierdzić tę okoliczność".

W ocenie Zamawiającego, teza powyższa stanowi element taktyki procesowej Odwołującego mający na celu osłabienie znaczenia wynikającego z przepisów Pzp obowiązku obalenia przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny powstałego w wyniku ziszczenia się hipotezy art. 224 ust. 2 pkt 1. Zgodnie z art. 224 ust. 5 bowiem, to na wezwanym do wyjaśnień wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Sam fakt występowania zbliżonych cen na rynku nie stanowi niejako automatycznie o tym, że każdy wykonawca oferujący mniej lub bardziej zbliżoną do występującej na rynku średniej arytmetycznej cenę nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Ustawodawca zaś w art. 224 ust. 5 obarczył wykonawców a nie zamawiających obowiązkiem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Co oczywiste domniemanie to dotyczy konkretnej oferty konkretnego wykonawcy, a co za tym idzie obalenie go dotyczyć musi cech właściwych dla tego konkretnego wykonawcy i tej konkretnej oferty, nie może zaś polegać na negowaniu samego powstania domniemania wynikającego ze ziszczenia się przesłanek ustawowych. Według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Dla tego konkretnego wykonawcy. Bez znaczenia jest tu okoliczność, że inni wykonawcy oferują ceny na mniej lub bardziej zbliżonym poziomie.

W odniesieniu do wywodów Odwołującego nt. „Oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny":

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący opiera swój zarzut w tym zakresie, zasadniczo na tym, iż wg. niego „Zamawiający nie dążył (...) do ustalenia czy za zaoferowaną przez Odwołującego cenę jest możliwe wykonanie zamówienia, ale był ukierunkowany na zrealizowanie formalnego i prawnego obowiązku narzuconego mu w art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp". Odwołujący przyznał zatem, iż Zamawiający dokonując wezwania pozostawał w zgodzie z nakazami wynikającymi z art. 224 Pzp.

Odwołujący pomija w swoich wywodach cel składania wyjaśnień, który sam wskazał przecież w uzasadnieniu odwołania. Celem tym jest zapoznanie się przez Zamawiającego ze sposobem kalkulacji ceny danego wykonawcy i ustalenie czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Tym samym za prawidłowe należy uznać tylko takie wyjaśnienia, które pozwalają na zweryfikowanie poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Bez takiej weryfikacji nie jest możliwe ustalenie czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Wywody Odwołującego obarczone tu są zasadniczą wadą polegającą na konsekwentnym pomijaniu znaczenia rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu wyjaśniającym (art. 224 ust. 5 Pzp) oraz powstaniu domniemania istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie, a ponadto wynikającego z art. 224 ust. 5 nakazu odrzucenia oferty jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Jeżeli zaś złożone wyjaśnienia nie są wyjaśnieniami umożliwiającymi weryfikację poprawności dokonanej kalkulacji pod kątem tego, czy jej wynik w postaci ceny uwzględnia elementy kosztotwórcze, w szczególności we właściwej wysokości, to wówczas w sposób oczywisty wyjaśnienia takie nie mogą uzasadniać podanej w ofercie ceny. Wprawdzie Odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach jakieś kwoty kosztów, jednakże podobnie jak w ww. sprawie KIO 2409/19 wartości te stanowią jedynie zapewnienia Odwołującego. Nie przedstawił on jakichkolwiek dowodów pozwalających na jakąkolwiek weryfikację wskazanych wartości liczbowych.

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie poddają się wobec powyższego

jakiejkolwiek weryfikacji co do prawidłowości dokonanej kalkulacji. Sprowadzają się do oświadczenia wykonawcy, że ponosi jakieś koszty i przewidział jakąś marżę. Taki model wyjaśnień, jeśliby uznać go za poprawny, musiałby doprowadzić do całkowitego zniweczenia znaczenia ustawowej instytucji badania rażąco niskiej ceny. Wskazanie jakichkolwiek kwot kosztów niższych od zaoferowanej ceny musiałoby zostać uznane za wystarczające. Jaki jest związek takiego modelu z jakąkolwiek realną weryfikacją prawidłowości kalkulacji, nie sposób powiedzieć.

Mając na uwadze powyższe, niezrozumiałe jest wręcz, dlaczego Odwołujący, który jak sam wskazuje trafnie „(.) na etapie składania wyjaśnień uznał, że istotne z punktu widzenia oceny czy zaoferowana przez niego cena została skalkulowana prawidłowo, będzie wskazanie na główny koszt wykonania zamówienia (zakup oprogramowania i asysty u producenta) wraz ze wskazaniem jakie elementy zostały uwzględnione w cenie oferty (...)"" nie dołożył staranności w wykazaniu, że wskazane przez niego założenia znajdują uzasadnienie.

W odniesieniu do porównań z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego - Intertrading Systems Technology sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że oczywiście sprzeczne ze stanem faktycznym są twierdzenia Odwołującego jakoby to IST „(...) nie wskazał na jakiej podstawie wyliczył poszczególne koszty, jakie było źródło ich ustalenia, jak również nie przedstawił dowodów na potwierdzenie faktu ich ponoszenia. Wartość merytoryczna złożonych wyjaśnień nie jest zatem wyższa od wartości wyjaśnień złożonych przez Odwołującego".

Wyjaśnienia dotyczące wszystkich istotnych elementów kosztotwórczych złożone przez IST, w przeciwieństwie do wyjaśnień Odwołującego, znajdują oparcie w załączonych do wyjaśnień dowodach potwierdzających wprost zgodność ze stanem faktycznym wskazanych w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny ofertowej kwot poszczególnych istotnych dla realizacji przedmiotu zamówienia kosztów. Są to dowody pochodzące z okresu poprzedzającego złożenie oferty, a zatem dowodzą one tego, iż informacje z nich wynikające faktycznie mogły stanowić podstawę dokonania kalkulacji przez złożeniem oferty.

Niezrozumiała jest teza Odwołującego, jakoby IST nie wymieniał „co wchodzi w zakres „pozostałych kosztów" skoro z samej literalnej treści cytowanego przez Odwołującego fragmentu tych wyjaśnień jasno wynika, co ujęto w tej grupie.

Jak wynika z powyższego całkowicie więc sprzeczna ze stanem faktycznym jest teza Odwołującego, jakoby to Zamawiający inaczej oceniał tożsame wyjaśnienia złożone przez IST oraz Odwołującego.

W zakresie zarzutu dot. zaniechania odtajnienia dokumentów Betacom S.A., poprzez zaniechanie czynności polegającej na uznaniu za nieskuteczne dokonanego przez Betacom S.A. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa:

i zobowiązania podmiotu trzeciego, ii formularza ofertowego w zakresie punktu 1.4, wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2 SWZ wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, dowodów potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek wskazanych w pkt III.1. SWZ:

W zakresie w jakim Odwołujący referuje do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Zamawiający wskazał, że uznaje za własne poglądy wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z 27 lipca 2021 r (KIO 2048/21), gdzie dokonano w tym zakresie obszernego wywodu i przeglądu poglądów doktryny i orzecznictwa, że wartość gospodarczą informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa należy oceniać przez pryzmat możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Innymi słowy informacja ma wartość handlową w sytuacji, gdy informacja ta daje przedsiębiorcy pewną przewagę nad konkurentami - jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza większych zysków. Co więcej dla wykazania wartości gospodarczej nie ma potrzeby określania konkretnej wartości - wystarczy sam fakt zaistnienia minimalnej, aktualnej lub potencjalnej korzyści.

Betacom wskazał cel dokonanego zastrzeżenia, a mianowicie ochronę informacji nie o podjęciu współpracy z jakimś podmiotem trzecim, lecz o podjęciu współpracy ze skonkretyzowanym podmiotem, innymi słowy zmierza do zachowania w poufności danych

identyfikujących ten podmiot, a nie sam fakt współpracy z podmiotem trzecim.

Okoliczność, że są na rynku podmioty, o których tego rodzaju informacje dotyczące ich doświadczenia są powszechnie dostępne nie oznacza, że powszechnie dostępne są informacje o doświadczeniu wszystkich firm je posiadających, a tym bardziej nie oznacza to, że są powszechnie dostępne informacje o woli i zasadach, na jakich podmioty takie są skłonne podjąć współpracę.

W sposób oczywisty informacje o kontaktach handlowych, samym fakcie ich posiadania i wykorzystywania, zakresie współpracy (czyli w szczególności udostępnianym zasobie), czy doświadczeniu podmiotu udostępniającego posiadają wartość gospodarczą. Wskazują wprost na sposób organizacji prowadzenia działalności gospodarczej przez Przystępującego, sposób zapewnienia zasobów i zakres tych zasobów pozyskiwanych od podmiotu trzeciego.

Niezrozumiała jest teza, jakoby samo udostępnienie tych informacji nie mogło skutkować tzw. „podkupieniem". Nadanie takim czynom przymiotu czynu nieuczciwej konkurencji wprost wskazuje zaś na to, że tego rodzaju działania mają na celu uzyskanie (w sposób nieuczciwy) przewagi konkurencyjnej, co tym samym samo już w sobie świadczy o posiadaniu wartości gospodarczej przez informacje dotyczące współpracy pomiędzy podmiotami rynkowymi.

Nie można tracić z pola widzenia tego, że ewentualne ujawnienie nie niesie ze sobą skutków wyłącznie w ramach niniejszego postępowania, lecz ma charakter ogólny. Raz ujawniona informacja staje się informacją właściwie powszechnie dostępną. Powszechnie

spotykana w obrocie jest praktyka zastrzegania jako poufnej informacji nie tylko

szczegółowych informacji o zakresie i warunkach współpracy, ale też o samym nawet fakcie jej istnienia. Jak zresztą wskazał na to Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, współpracujące strony łączą zobowiązania cywilno-prawne w zakresie zachowania otrzymanych informacji w poufności, co Odwołujący pomija.

Jak wskazała Izba w cytowanym przez Odwołującego wyroku w sprawie KIO 451/18, nie utożsamia ona obowiązku „wykazania" z „udowodnieniem", a wykonawca obowiązany jest co najmniej uprawdopodobnić ziszczenie się przesłanek warunkujących dopuszczalność zastrzeżenia. W ocenie Zamawiającego, takie wykazanie poprzez uprawdopodobnienie w przypadku zastrzeżenia dokonanego przez Betacom ma miejsce. Przystępujący dokonał tego uprawdopodobnienia w szczególności poprzez wyjaśnienie w czym upatruje wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, dlaczego posiadają one wartość gospodarczą, wskazał że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a na okoliczność przeciwną nie przedstawiono żadnego dowodu, wskazał na konkretne działania podjęte zarówno w ramach własnej struktury jak i zobowiązania pomiędzy nim a podmiotem trzecim zmierzające do zachowania w poufności zastrzeganych informacji.

Nadmienienia wymaga także, że w warstwie merytorycznej uzasadnienie dokonanego przez Betacom zastrzeżenia nie odbiega od zastrzeżenia dokonanego pismem z dnia 14 czerwca 2021 r. przez Odwołującego w zakresie wykazu usług wraz z dowodami poświadczającymi ich należyte wykonanie składanego na wezwanie Zamawiającego.

KIO 2859/21

Wykonawca Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp wniósł odwołanie wobec czynności oceny ofert, dokonanych przez Zamawiającego, które polegały na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia,

2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Betacom S.A.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty pozostaje w pełni zgodna z warunkami zamówienia,

- art. 239 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez wadliwe uznanie oferty Betacom S.A. za najkorzystniejszą, co może skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

- powtórzenia czynności oceny ofert,

- dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

W niniejszym postępowaniu Zamawiający odrzucił 5 spośród 6-ciu złożonych ofert.

Oferta Odwołującego uplasowała się w rankingu ofert (w ramach kryterium cenowego) na 2-

gim miejscu (cena brutto 1 844 385,00 zł), za ofertą złożoną przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (cena brutto 1 604 688,75 zł), która również została odrzucona. Oferta wybrana jako najkorzystniejsza pozostaje znacznie droższa od oferty Odwołującego (Betacom S.A. - cena brutto 2 642 778,00 zł). Tym samym, w przypadku uwzględnienia odwołania i przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego - to właśnie ta oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. A zatem Odwołujący wciąż zachowuje szansę na wybór złożonej przez siebie oferty i pozyskanie zamówienia.

[zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp]

Zakresem przedmiotu zamówienia Zamawiający objął dostawę oprogramowania SAM wraz z usługą wdrożenia tego oprogramowania, wsparcia (w zakresie procesów związanych z zarządzaniem licencjami z systemu SAM) oraz innymi usługami dodatkowymi.

W rozdziale I.1 w pkt 4.2.1 SWZ Zamawiający w formie tabelarycznej opisał

minimalne wymagania techniczne dla oprogramowania SAM. W wierszu nr 1 tabeli (Funkcjonalność podstawowa), w pozycji nr 6 wskazano: Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf). Ten sam wymóg został powtórzony w treści formularza ofertowego, w którym każdy wykonawca zobowiązany był do zaznaczenia odpowiedniej opcji (TAK/NIE) oferowanego parametru w zakresie określonego wymagania technicznego (pierwsza tabela formularza - wiersz 1 „Funkcjonalność podstawowa", poz. 6). Jednocześnie - zgodnie z Rozdziałem IV.5 pkt 2.1 SWZ - weryfikacja wymaganych funkcjonalności oferowanego oprogramowania SAM miała być przeprowadzona z wykorzystaniem próbki tego oprogramowania, dostarczonej przez Wykonawcę. Złożenie próbki zaś miało się odbyć poprzez wskazanie w Formularzu Ofertowym ścieżki zdalnego dostępu środowiska testowego z zainstalowanym oprogramowaniem SAM (rozdz. IV.5 pkt 1.2 SWZ).

Badanie ww. próbki miała przeprowadzić Komisja Przetargowa przy udziale wykonawcy, którego próbka podlegała badaniu, za pomocą środków zdalnej komunikacji, tj. aplikacji Microsoft Teams. Z przeprowadzonej weryfikacji Komisja Przetargowa zobowiązana była sporządzić pisemny protokół, zawierający w szczególności wskazanie nazwy oprogramowania, firmy producenta oraz wynik badania próbki. Zamawiający

zastrzegł sobie jednocześnie możliwość utrwalenia na sprzęcie audiowizualnym przebiegu badania i oceny próbki (rozdz. IV.5 pkt 1.10, 1.12, 1.14, 1.15 SWZ).

Badanie próbki oprogramowania zaoferowanego przez Odwołującego nastąpiło w dniu 27.07.2021 r. przy udziale P. P. Wa. oraz D. Z. ze strony Odwołującego. W czasie tego badania Odwołujący ze szczególną dokładnością wyjaśniał, w jaki sposób jest możliwe dokonanie eksportu tworzonych zestawień do standardowych formatów, wykazując spełnienie cytowanego wyżej wymogu technicznego, wynikającego z SWZ

(rozdz. I.1, ust. 4.2.1, wiersz 1 poz. 6 Tabeli).

W dniu 15.09.2021 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że Odwołujący nie przedstawił możliwości eksportu prezentowanych

danych do pliku pdf, tym samym nie wykazał, że zaoferowane przez niego oprogramowanie jest zgodne z wymaganiami (warunkami) zamówienia. Z podanym przez Zamawiającego uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, punktem wyjścia do dalszych rozważań jest fakt, że żadnym postanowieniem SWZ Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób oferowane oprogramowanie ma umożliwiać eksport prezentowanych danych do pliku pdf, jakie narzędzia mają być zastosowane, w ilu krokach proces ten ma się odbyć. Co więcej - nie wskazano nawet, że proces ten ma być zapewniony poprzez wykorzystanie funkcjonalności samego oferowanego systemu. Zwrócić bowiem należy uwagę, że niektóre wymogi techniczne zostały opisane przez Zamawiającego w sposób, który jednoznacznie wskazuje na konieczność zapewnienia danej funkcjonalności przez oferowany system („System musi posiadać (...), System musi przechowywać (...), System zawiera bazy wzorców (...) itp. Natomiast sporny wymóg został opisany w taki sposób, który wskazuje na dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości wykorzystania jakichkolwiek narzędzi, służących do eksportu danych tworzonych w systemie do plików standardowych (Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów xls, txt, pdf). Zamawiający w zakresie powyższego ograniczył się de facto do wyartykułowania samego wymagania, aby istniała opcja eksportu tworzonych w systemie zestawień do standardowych formatów xls, txt, pdf, nie narzucając jednocześnie sposobu, w jaki opcja ta ma być realizowana. A zatem wykonawcy nie byli związani żadnym konkretnym schematem przy wykazywaniu możliwości eksportu danych do formatów standardowych w zakresie zaoferowanego oprogramowania.

Po drugie, nieprawdą jest, że w czasie testów w dniu 27.07.2021 r. Odwołujący nie wykazał możliwości eksportu prezentowanych danych do formatu pdf. Wręcz przeciwnie - Odwołujący podczas testów w dniu 27.07.2021 r. wykazał bowiem na środowisku testowym spełnienie wymogu poprzez wyeksportowanie danych do raportu. Każdy raport natomiast można zapisać w dowolnym z wymaganych przez Zamawiającego formatów, w tym w formacie pdf. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zbiory danych, do których nawiązuje Zamawiający w treści SWZ w zakresie spornego wymogu (rozdz. I.1, pkt. 4.2.1, wiersz 1 poz. 6 Tabeli) to zakładki i zestawienia, które służą do edycji i bieżącego utrzymania tych danych i nie powinny być wykorzystywane jako końcowe zestawienia - w tym celu należy stworzyć raport, który następnie można wyeksportować do formatu pdf zgodnie z wymaganiem Zamawiającego.

Nie bez znaczenia jest również to, że zaprezentowany przez Odwołującego w czasie testów wyżej opisany sposób eksportu danych do formatu pdf nie budził wówczas żadnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego.

Tymczasem Zamawiający zupełnie pominął w treści zawiadomienia z dnia 15.09.2021 r. fakt przedstawiania przez Odwołującego opcji raportu jako sposobu zapewnienia eksportu danych do formatu pdf. Pominięcie to jest o tyle niezrozumiałe, że przecież Odwołujący opcję z wykorzystaniem raportu wskazywał jako podstawowe narzędzie przeprowadzenia procesu eksportu danych do formatu pdf, stanowiące integralną część oferowanego systemu.

W tym miejscu Odwołujący stwierdził, że oferowany przez Odwołującego system spełnia sporny wymóg zawarty w SWZ, tj. w rozdz. I.1 pkt 4.2.1 wiersz 1 pozycja 6 Tabeli. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył do odwołania materiał audiowizualny oraz załącznik graficzny (sporządzony na podstawie materiału audiowizualnego), które przedstawiają proces eksportu danych do formatu pdf z wykorzystaniem raportu jako integralnej części oferowanego systemu. Nadmienić należy, że sposób ten był również przedstawiany Zamawiającemu podczas testów próbki w dniu 27.07.2021 r.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający podał w treści uzasadnienia odrzucenia oferty, że Odwołujący w czasie testów wskazał jedynie na proces eksportu danych do formatu pdf, realizowany poprzez wykorzystanie możliwości wydruku prezentowanych danych do pliku pdf (np. przez program Excel lub przeglądarkę internetową). Tym samym, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, że oferowane przez niego oprogramowanie posiada możliwość zapisu danych w formacie pdf.

Tymczasem wspomniana przez Zamawiającego możliwość wydrukowania zestawienia danych w wirtualnej drukarce i zapisu w formacie pdf miała jedynie charakter argumentacji pobocznej, przedstawionej przez Odwołującego jako dodatkowe narzędzie eksportu danych do formatu pdf, niezależnie od opcji z wykorzystaniem raportu. Jak już bowiem wspomniano - zdaniem Odwołującego - sposób sformułowania spornego wymogu w SWZ nie wprowadzał w tym zakresie żadnych ograniczeń ani konkretnych rozwiązań.

Natomiast ze względu na przedstawienie przez Odwołującego podczas testów opcji z wykorzystaniem raportu, nie sposób zgodzić się z narzuconą przez Zamawiającego

narracją, wedle której Odwołujący - jako jedyny sposób spełnienia wymogu związanego z eksportem danych - miał wskazywać opcję wydruku prezentowanych danych do pliku pdf. Odwołujący podkreślił, że przedstawił opcję wykorzystania raportu jako integralnej części oferowanego oprogramowania dla zapewnienia funkcjonalności związanej z eksportem danych do formatu pdf. Tym samym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, oferowany przez Odwołującego program SAM posiada możliwość zapisu danych w pdf.

Wykonawca Advatech Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2859/21 po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca Betacom S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2859/21 po stronie Zamawiającego. W piśmie z dnia 19 października 2021 r. Przystępujący podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania. Podniósł, że zgodnie z SWZ Rozdział 1.1 w pkt 4.2.1 SWZ wiersz nr 1 tabeli (Funkcjonalność

podstawowa), w pozycji nr 6 wskazano: Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf). Wymóg odnoszący się do opcji eksportu raportów do standardowych formatów (xls, txt, pdf) jest odrębny, samodzielny i niezależny od wymogu odnoszącego się do eksportu zestawień.

Dokonując zestawienia wymagań w SWZ: Wymóg dotyczący eksportu zestawień oraz Wymóg dotyczący eksportu raportów:

- obydwie funkcjonalności eksportu odnoszą się do eksportu dwóch odrębnych opracowań: zestawień i raportów,

- zestawienia i raporty nie są synonimami ani funkcjonalnościami powielającymi się czy też występującymi zamiennie,

- wymaganie SWZ odnosiło się do konieczności zademonstrowania w trakcie prezentacji każdej z funkcjonalności samodzielnie.

Dodatkowo, odnośnie znaczenia dla Zamawiającego eksportu zestawień do pliku pdf, uzasadnienie odrzucenia wskazuje na racjonalne i uzasadnione obiektywne względy.

Zgodnie z protokołem badania próbki oprogramowania z dnia 27.07.2021 r.w trakcie prezentacji Odwołujący nie zdołał wykazać, że oprogramowanie posiada eksport do pliku pdf żadnego z zestawień w systemie, a jednocześnie, że wykazał taką możliwość, ale wyłącznie w odniesieniu do raportów. Podstawa odrzucenia oferty Odwołującego referuje wyłącznie do funkcjonalności eksportu do pdf w odniesieniu do zestawień z systemu, co potwierdza wprost przywołanie in extenso brzmienia pkt 4.2.1. SWZ wiersz 6.

Skoro zatem, w trakcie prezentacji Odwołujący nie zdołał zademonstrować i udowodnić, że zaoferowany system posiada wymaganą, a nawet opisaną jako podstawowa funkcjonalność, to konsekwencją powyższego mogło być wyłącznie odrzucenie oferty.

Funkcjonalność eksportu dotyczyła wyłącznie funkcjonalności samego zaoferowanego systemu — potwierdza powyższe w szczególności treść wymagania SWZ dotyczącego bezpośrednio samego systemu:

W ocenie Przystępującego, na etapie oceny ofert nie jest rolą wykonawcy ustalanie za zamawiającego jakie rozwiązanie byłoby lepsze czy też wystarczające dla zaspokojenia potrzeb zamawiającego a wyłącznie wykazanie, że zaoferowany produkt spełnia wymagania zamawiającego w ich obowiązującym w postępowaniu kształcie. Argumentacja Odwołującego z przebiegu prezentacji faktycznie stanowi niedozwoloną na tym etapie postępowania polemikę z klarownymi wymaganiami Zamawiającego. O ile Odwołujący uważał, że funkcjonalność ta jest zbędna/ nadmiarowa czy ograniczająca konkurencyjność i dostęp do przetargu winien był, skoro oferowany przez niego system jej nie posiada, kwestionować wymaganie SWZ na właściwym etapie postępowania, czego jednak nie uczynił. Odwołujący jest przy tym całkowicie niekonsekwentny, ponieważ z jednej strony argumentuje, że funkcjonalność zapisu zestawień do pdf byłaby całkowicie zbędna jako nadmiarowa dla systemu SAM, skoro istnieje możliwość wydruku prezentowanych danych do pdf za pomocą Excel czy też przeglądarki ale jednocześnie nie widzi już tej zbędności w odniesieniu do zapisu raportów do pdf w ramach rozwiązania dostępnego w samym systemie (co zostało wykazane w trakcie prezentacji).

W ocenie Przystępującego, powyższe potwierdza jedynie, że argumentacja ta miała związek wyłączne z niespełnianiem wymagań SWZ w odniesieniu do eksportu zestawień do pdf.

To w jaki sposób winna być zrealizowana wymagana funkcjonalność Odwołujący wykazał w trakcie prezentacji funkcjonalności eksportu raportu do pliku pdf i dokładnie w taki sam sposób w obrębie Systemu winna być zrealizowana funkcjonalność zapisu zestawienia do pdf. Dowody nr 5 i 6 do odwołania prezentują sposób, w jaki eksport do formatu pdf dla zestawień miał być realizowany. Sam Odwołujący potwierdza, że w trakcie prezentacji zamiast zaprezentować wprost, że eksport zestawień do pliku pdf jest realizowany przez zaoferowany System, ograniczył się wyłącznie do poinformowania o alternatywnych możliwościach uzyskania funkcjonalności.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 19 października 2021 r. Zaprzeczył wszelkim twierdzeniom Odwołującego, poza wyraźnie przyznanymi w treści pisma oraz wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W Rozdziale I.1, podrozdział I.1 w pkt 4. specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający sformułował „Opis wymagań i funkcjonalności oprogramowania SAM".

W pkt 4.2 stanowiącym część punktu 4, a więc, jak wyżej już wskazano, dotyczącego wymagań dotyczących oprogramowania SAM, Zamawiający ustanowił „szczegółowe wymagania i funkcjonalności" w podziale na „wymagania ogólne" (pkt 4.2.1), „zarządzanie serwerami" (pkt 4.2.2.) oraz „zarządzanie stacjami PC" (pkt 4.2.3).

W pkt 4.2.1 w formie tabelarycznej opisano „funkcjonalności podstawowe" (kol.2) co do których wskazano „minimalne wymagania techniczne" (kol.3).

W pozycji 6 tamże ustanowiono minimalne wymaganie techniczne, zgodnie z którym „Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf)".

W innej części tabeli Lp 5 „Wymagań ogólnych" w części „Raportowanie" w wierszu 2 opisano inne wymaganie, zgodnie z którym „System umożliwiać będzie eksport danych z narzędzia do popularnych formatów: xls/xlsx, csv, pdf".

Z powyższego wynika jednoznacznie, iż w SWZ Zamawiający opisał wymagania i funkcjonalności jakich wymaga od zaoferowanego „oprogramowania SAM", nie zaś od jakiegoś innego oprogramowania ewentualnie innych narzędzi niż samo oprogramowanie SAM. Oznacza to tym samym, że niezgodne ze stanem faktycznym jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym zamawiający nie wskazał nawet, że dany proces ma być zapewniony przez wykorzystanie funkcjonalności samego oferowanego systemu.

Odwołujący przedstawił wywód sprowadzający się do różnicowania poszczególnych sformułowań użytych w poszczególnych wymaganiach wymienionych w kolejnych wierszach tabeli, przy tym pominął całkowicie znaczenie tego, iż tabela ta stanowi element Rozdziału I w którego punkcie 4 sformułowano „Opis wymagań i funkcjonalności oprogramowania SAM", w punkcie 4.1 wskazano, że to „System SAM wdrożony przez Wykonawcę powinien spełniać poniższe wymagania", a w punkcie 4.2 doprecyzowano „Szczegółowe wymagania i funkcjonalności".

Wzięcie pod uwagę tych okoliczności skutkuje koniecznością uznania, iż wskazywanie w każdym kolejnym wymaganiu szczegółowym, iż chodzi o wymaganie dotyczące funkcjonalności samego systemu, było zbędne. W konsekwencji dla uznania, że dane wymaganie może być spełnione nie przez sam system, ale przy wykorzystaniu np. oprogramowania zewnętrznego musiałaby taka możliwość być wyrażona wprost w wyraźny sposób w treści danego szczegółowego wymagania. Takiego zaś wyrażenia w przedmiotowym wymaganiu bez wątpienia nie użyto.

Drugą istotną konsekwencją opisanego wyżej sposobu zredagowania (poprzez konstrukcję tabeli)i sformułowania wymagań jest konieczność uznania, iż należy wyraźnie odróżnić wymaganie z zakresu „funkcjonalność podstawowa" opisane jako „Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf)" od innego wymagania zawartego w obrębie innego zakresu wymagań tj. w zakresie „Raportowanie" a opisanego jako „System umożliwiać będzie eksport danych z narzędzia do popularnych formatów: xls/xlsx, csv, pdf".

O ile bowiem zaprezentowana przez Odwołującego w trakcie badania próbki oprogramowania funkcjonalność polegająca na „opcji z wykorzystaniem raportu (...) jako podstawowe narzędzie przeprowadzenia procesu eksportu danych do formatu pdf,

stanowiące integralną część oferowanego systemu" potwierdza spełnienie wymagania z zakresu „Raportowanie" a opisanego jako „System umożliwiać będzie eksport danych z narzędzia do popularnych formatów: xls/xlsx, csv, pdf", to nie potwierdza spełnienia wymagania wymaganie z zakresu „funkcjonalność podstawowa" opisanego jako „Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf)".

Nie jest zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie Odwołującego, jakoby zaprezentowany przez niego w czasie testów sposób eksportu danych do formatu pdf nie budził wówczas żadnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego. Po pierwsze bowiem - owszem budził i owszem zostało to przez przedstawicieli Zamawiającego wyrażone. Po drugie przy tym - nawet gdyby nie zostało to wówczas wyrażone, to pozostawałoby to bez znaczenia dla oceny zasadności tych zastrzeżeń - sam zresztą Odwołujący niczego z owego stwierdzenia zdaje się nie wywodzić. Co więcej - w odpowiedzi na pytanie 33 do SWZ z 13 maja 2021 r. Zamawiający wskazał, że „Zamawiający wyjaśnia, że będzie przeprowadzał badanie próbki również bez udziału wykonawcy".

Opisane wyżej okoliczności wskazują jednoznacznie, iż nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego jakoby to „(.) Odwołujący podczas testów w dniu 27.07.2021 r. wykazał (.) na środowisku testowym spełnienie wymogu poprzez wyeksportowanie danych do raportu".

Prawdziwym w powyższym zdaniu jest jedynie to, iż Odwołujący zaprezentował możliwość wyeksportowania danych do raportu. Nie oznacza to jednakże wykazania spełnienia wymagania z zakresu „funkcjonalność podstawowa" opisanego jako „Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf)". Takie samo znaczenie należy przypisać stwierdzeniu Odwołującego z pkt 21 uzasadnienia odwołania. Jak już bowiem wskazano wyżej zapewnienie możliwości eksportu do formatu pdf samych raportów, a nie każdego zestawienia oznacza spełnienie innego wymagania, co nie jest równoznaczne ze spełnieniem wymagania, którego dotyczy odwołanie.

Twierdzenia Odwołującego stanowiące polemikę z zasadnością ustanowienia wymagania, którego spełnienia Odwołujący w ocenie Zamawiającego nie wykazał, należy uznać za niezasługujące na uwzględnienie także i z tego powodu, że musiałyby prowadzić do uznania, że Zamawiający ustanowił w różnych miejscach tabeli de facto to samo wymaganie, co jest w sposób oczywisty sprzeczne zarówno z konstrukcją SWZ opisaną wyżej w tym zakresie, jak i z brzmieniem treści samych dwóch wymagań.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, stosownie do art. 555 Pzp.

Izba stwierdziła, że zarówno Odwołujący Advatech Sp. z o.o. jak i Odwołujący Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. wykazali posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia swoich odwołań w zakresie dotyczącym czynności odrzucenia ofert złożonych przez ww. Odwołujących, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2835/21 po stronie zamawiającego,

wykonawca: Betacom S.A., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2835/21 i KIO 2859/21 po stronie zamawiającego oraz wykonawca Advatech Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2859/21 po stronie zamawiającego, skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Advatech Sp. z o.o. w związku z przyjęciem, że zaoferowana przez Odwołującego cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej oraz złożone przez Odwołującego w dniu 25 czerwca 2021 r. wyjaśnienia są ogólnikowe i nie obalają domniemania zaoferowania przez Odwołującego ceny rażąco niskiej.

W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, w tym oferta Odwołującego, która zawierała czwartą pod względem wysokości cenę wśród złożonych ofert.

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w dniu 2 grudnia 2020 r. w oparciu o odpowiedzi na zapytania RFI na kwotę 3 018 000,00 PLN. Na sesji otwarcia ofert Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosi 3 712 140,00 PLN.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 2 592 127,65 PLN, która jest niższa o ponad 30% od wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W dniu 21 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, która wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i tym samym budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Powyższe wezwanie dokonane przez Zamawiającego stanowiło wypełnienie obowiązku ustawowego, tj. dyspozycji art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, wobec ziszczenia się zawartej w tym przepisie hipotezy. Zasadność tego wezwania oraz jego treść nie były kwestionowane przez Odwołującego w trybie środków ochrony prawnej, dostępnych na ówczesnym etapie postępowania. Bezspornym jest zatem w niniejszej sprawie, że poziom ceny oferty Odwołującego w relacji do wartości zamówienia obligował Zamawiającego do wezwania wykonawcy Advatech Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny. Bezprzedmiotowe są w tym przypadku rozważania Odwołującego zawarte w odwołaniu odnoszące się do podstawy wezwania.

W ocenie Izby, odniesienie ceny oferty Odwołującego do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu może mieć w tym przypadku znaczenie jedynie w kontekście relacji tej ceny do średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Izba nie podzieliła przy tym wywodu przeprowadzonego przez Odwołującego w odwołaniu, iż każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu dokonał kalkulacji ceny oferty w oparciu o te same założenia. Jeśli Odwołujący miał tu na myśli założenia wynikające z postanowień SWZ, to jest to bezsporne, jednak nie oznacza to, że każdy z wykonawców skalkulował swoją ofertę w oparciu o takie same założenia kosztowe, nieuwzględniające indywidualnych warunków dostępnych każdemu z wykonawców przy realizacji danego zamówienia. Formularz cenowy wymagał od wykonawców odpowiedniego przedstawienia ceny oferty w rozbiciu na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, co jednak nie oznacza, że wszyscy wykonawcy skalkulowali te elementy w taki sam sposób.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W przypadku skierowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny ciężar wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, stosownie do art. 224 ust. 5 Pzp.

Sam fakt występowania zbliżonych do siebie cen na rynku nie stanowi o tym, że dany

wykonawca oferujący cenę zbliżoną do występującej na rynku średniej arytmetycznej nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Przepis art. 224 ust. 5 Pzp nakłada na wykonawcę, a nie na zamawiającego obowiązek obalenia domniemania, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska. Nie budzi wątpliwości fakt, że domniemanie powyższe dotyczy konkretnej sytuacji, konkretnej oferty złożonej przez konkretnego wykonawcę. Obalenie tego domniemania jest możliwe wyłącznie w oparciu o wyjaśnienia złożone przez danego wykonawcę, z uwzględnieniem warunków dostępnych i właściwych dla tego konkretnego wykonawcy.

Argumentację Odwołującego odnośnie „przeszacowania" przez Zamawiającego wartości zamówienia przedstawioną na etapie oceny ofert Izba uznała za spóźnioną.

Jak wynika z treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 25 czerwca 2021 r. Odwołujący nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia przez Odwołującego, w tym wykazanie i udowodnienie konkretnych źródeł wyceny oferty spoczywało na Odwołującym. Wyjaśnienia i składane wraz z nimi dowody powinny wykazać, że wycena oferty jest realna, rzetelna, kompletna i rynkowa. Zestawienie i porównanie elementów składowych ceny zawarte na Formularzu cenowym różnych wykonawców nie może stanowić podstawy wykazania, że cena jaką oferuje w postępowaniu nie jest rażąco niska.

Biorąc pod uwagę powyższe, ocena wyjaśnień ceny oraz przedłożonych wraz z wyjaśnieniami dowodów musi być dokonywana przez Zamawiającego niezależnie w odniesieniu do każdej oferty, na podstawie złożonych przez danego wykonawcę wyjaśnień.

Zasadą jest przy tym jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny, a czynność ponownego wezwania jest możliwa wówczas, gdy złożone uprzednio wyjaśnienia, rzetelne i wiarygodne, zawierają informacje, które powodują nowe wątpliwości po stronie zamawiającego. Nieuzasadnione jest ponowne wezwanie do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne, a tym samym niewiarygodne - jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Podkreślenia wymaga, że celem wyjaśnień wysokości ceny oferty jest przekonanie Zamawiającego co do rzetelności sposobu kalkulacji ceny danego wykonawcy i weryfikację, czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Jeżeli zatem złożone wyjaśnienia nie są wyjaśnieniami umożliwiającymi weryfikację poprawności dokonanej kalkulacji pod kątem tego, czy jej wynik w postaci ceny uwzględnia wszystkie konieczne elementy kosztotwórcze we właściwej wysokości, to należy uznać, że takie wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W przedmiotowym postępowaniu, co prawda Odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach pewne kwoty, jednak są to wartości niemożliwe do zweryfikowania, bez poparcia ich jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi osadzenie tych kosztów w określonej rzeczywistości, w warunkach dostępnych danemu wykonawcy. Fakt, że przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia są „ogólne", „mało szczegółowe" wprost wynika z treści tego dokumentu. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że składając tak ogólne, blankietowe jedynie wyjaśnienia Odwołujący nie dołożył staranności jako profesjonalista w celu wykazania, że podane przez niego wartości znajdują realne uzasadnienie.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., w przeciwieństwie do wyjaśnień Odwołującego, dotyczą wszystkich istotnych elementów kosztotwórczych i znajdują oparcie w załączonych do wyjaśnień dowodach. Odwołujący nie wykazał prawdziwości tezy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający inaczej oceniał tożsame wyjaśnienia złożone Odwołującego oraz ww. wykonawcę.

Ponadto, w ocenie Izby, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego jasno i wystarczająco szczegółowo wskazał podstawy uznania, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska. Należy mieć tu na uwadze, że wyjaśnienia wykonawcy są na tyle ogólne i skrótowe, że Zamawiający nie miał w tym zakresie pola do bardziej szczegółowych wywodów.

W świetle powyższego, Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 Pzp. Dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego była w pełni zasadna i prawidłowa w świetle przepisów ustawy Pzp, w tym nie naruszała zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba podkreśla, że to nie

Zamawiający ma dążyć do ustalenia, czy za zaoferowaną cenę jest możliwe wykonanie zamówienia, lecz to wykonawca, wezwany do wyjaśnień, musi dołożyć wszelkich starań, aby rozwiać w powyższym zakresie wszelkie jakiekolwiek wątpliwości Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 w zw. z art 18 ust. 1 i 3 Pzp,

poprzez zaniechanie czynności polegającej na uznaniu za nieskuteczne dokonanego przez Betacom S.A. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (i) zobowiązania podmiotu trzeciego, (ii) formularza ofertowego w zakresie punktu 1.4, (iii) wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt III.2 SWZ wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, (iv) dowodów potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanek wskazanych w pkt III.1. SWZ oraz zaniechanie udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu pomimo tego, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie spełniają przesłanek do ich zastrzeżenia zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej:

W dniu 16 września 2021 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie złożonych ofert. Zamawiający w dniu 21 września 2021 r. odmówił udostępnienia Odwołującemu części dokumentacji złożonej przez Betacom S.A., która została zastrzeżona przez Betacom S.A., jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Betacom S.A. o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów Betacom S.A. jako wniesionego z uchybieniem terminu w odniesieniu do dokumentów złożonych wraz z ofertą. W ocenie Izby, informacja przekazana przez Zamawiającego w dniu 17 czerwca 2021 r. Odwołującemu na jego wniosek o udostępnienie ofert z dnia 16 czerwca 2021 r., w zakresie jawnej części ofert, nie stanowiła wyniku dokonania przez Zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa lecz wynikała jedynie z zachowania procedury i względów formalnych określonych w przepisach ustawy Pzp. Podkreślić należy, że termin składania ofert upłynął w dniu 15 czerwca 2021 r., a zatem Zamawiający, działając w powyższym zakresie, stosownie do wniosku Odwołującego przekazał treść ofert w zakresie, który nie został objęty zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że powyższy zarzut podlega oddaleniu z tego względu, że Odwołujący nie wykazał przesłanek interesu we wniesieniu odwołania w zakresie tego zarzutu, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. w szczególności, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że w zakresie tego zarzutu uwzględnienie odwołania spowoduje możliwość zapoznania się z treścią informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy Betacom S.A. oraz, jeśli zaistnieją ku temu właściwe przesłanki, możliwość wniesienia środków ochrony prawnej skutkujących wykluczeniem Betacom S.A. z postępowania lub odrzuceniem oferty tego wykonawcy, co zwiększy szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia. W przypadku natomiast oddalenia niniejszego odwołania w zakresie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, po zapoznaniu się z zastrzeżonymi nieskutecznie informacjami przez Betacom S.A., Odwołujący będzie miał możliwość wniesienia środków ochrony prawnej prowadzących do wykluczenia Betacom S.A. z postępowania lub odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 225 pkt 1 Pzp, a tym samym uzyska on możliwość wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego oraz będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wskazał także, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Izba zważyła, że w przypadku przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania kwestia jawności podmiotowych środków dowodowych Betacom S.A. nie miałaby żadnego znaczenia dla możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, biorąc pod uwagę, że oferta Odwołującego znalazłaby się w rankingu ofert przed ofertą Betacom S.A., natomiast w przypadku, gdyby decyzja o odrzuceniu oferty Advatech Sp. z o.o. stała się prawomocna, na skutek oddalenia odwołania, Odwołujący utraciłby status wykonawcy w postępowaniu, co wykluczałoby jego prawo do wnoszenia dalszych środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu.

KIO 2859/21

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie

oferty Odwołującego, tj. wykonawcy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., której treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, określonymi przez Zamawiającego w SWZ.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oprogramowania SAM wraz z usługą wdrożenia tego oprogramowania, wsparcia (w zakresie procesów związanych z zarządzaniem licencjami z systemu SAM) oraz innymi usługami dodatkowymi.

Zgodnie z postanowieniami SWZ, Zamawiający jednoznacznie opisał wymagania i funkcjonalności, jakich wymaga od zaoferowanego „oprogramowania SAM". Określone zostały m.in. funkcjonalności, które odnoszą się do eksportu dwóch odrębnych opracowań: zestawień i raportów, które nie są synonimami lub funkcjonalnościami powielającymi się czy też zamiennymi. Funkcjonalności powyższe mają charakter odrębnych wymagań, których niespełnienie - niezademonstrowanie w trakcie prezentacji musiało skutkować odrzuceniem oferty. Zgodnie z Rozdziałem IV.5 pkt 2.1 SWZ - weryfikacja wymaganych funkcjonalności oferowanego oprogramowania SAM miała być przeprowadzona z wykorzystaniem próbki oprogramowania, dostarczonej przez wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe, niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał w SWZ, że dany proces ma być zapewniony przez wykorzystanie funkcjonalności oferowanego Systemu. Opis Przedmiotu Zamówienia wprost wskazywał powyższe funkcjonalności.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że gdyby przyjąć założenie, jak twierdził Odwołujący, że wymaganie „System umożliwiać będzie eksport danych z narzędzia do popularnych formatów: xls/xlsx, csv, pdf" może być spełnione nie przez oferowany System, ale przez wykorzystanie np. oprogramowania zewnętrznego, to taka możliwość musiałaby być wyrażona wprost w treści danego szczegółowego wymagania, co nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji przetargowej. Wymaganie z zakresu „funkcjonalność podstawowa" opisane jako „Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf)" jest odrębnym wymaganiem od wymagania zawartego w zakresie „Raportowanie" opisanego jako „System umożliwiać będzie eksport danych z narzędzia do popularnych formatów: xls/xlsx, csv, pdf".

Badanie próbki oprogramowania zaoferowanego przez Odwołującego zostało przeprowadzone w dniu 27 lipca 2021 r. przy udziale Odwołującego. Z przeprowadzonej prezentacji został sporządzony protokół i nagranie audiowizualne.

Protokół z badania próbki potwierdza, że Odwołujący zaprezentował sposób eksportu raportów do plików pdf, wskazując przy tym, że „w przypadku innych zestawień mamy możliwość eksportu do excella, csv, lub xml-a, z tym, że oczywiście jest możliwość na przykład wyeksportowania potem excella do pdfa". Odwołujący w sposób dorozumiany przyznał w ten sposób, że proces ten nie stanowi funkcjonalności oprogramowania, a jedynie dodatkową możliwość. Aby wykonać bowiem eksport jakiegoś zestawienia do formatu pdf., zgodnie z wyjaśnieniem Odwołującego, można posiłkować się raportami „bo właściwie tak naprawdę raport możemy zrobić z dowolnej rzeczy znajdującej się w systemie, więc będzie po prostu ona dostępna ta rzecz w dwóch miejscach i w jednym miejscu i w jednym miejscu będzie można eksportować bezpośrednio do pdf-a a w drugim wtedy do excella, który potem można przekonwertować na pdf"

O ile zaprezentowana przez Odwołującego w trakcie badania próbki oprogramowania

funkcjonalność polegająca na „opcji z wykorzystaniem raportu (...) jako podstawowe narzędzie przeprowadzenia procesu eksportu danych do formatu pdf, stanowiące integralną część oferowanego systemu" potwierdza spełnienie wymagania z zakresu „Raportowanie", a opisanego jako „System umożliwiać będzie eksport danych z narzędzia do popularnych formatów: xls/xlsx, csv, pdf", to nie potwierdza ona spełnienia wymagania z zakresu „funkcjonalność podstawowa" opisanego jako „Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf)".

Jak zauważył Zamawiający, w trakcie badania próbki Systemu, zarówno dla Zamawiającego jak i Odwołującego było jasne, że raport nie oznacza każdego zestawienia, tzn., że zakresy tych dwóch pojęć nie są tożsame. W ocenie Izby, powyższe nie budzi wątpliwości w świetle zapisów w protokole z prezentacji. Z zestawienia można zrobić raport, część zestawień (nie będących raportami) nie jest eksportowana do formatu pdf, więc uzyskanie pliku pdf, w przypadku tych zestawień, wymaga wygenerowania odpowiedniego raportu i dopiero ten raport może być następnie przez system eksportowany do pdf, albo poprzez wygenerowanie pliku excell i dopiero z poziomu excell można przekonwertować plik do formatu pdf.

Powyższe okoliczności wprost wynikające z treści SWZ oraz z treści protokołu z badania próbki, wskazują jednoznacznie, że Odwołujący podczas testów zaoferowanej

próbki oprogramowania w dniu 27 lipca 2021 r. nie wykazał na środowisku testowym spełnienia wymogu z zakresu „funkcjonalność podstawowa” opisanego jako „Wszystkie tworzone w systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt, pdf)”. Odwołujący bowiem zaprezentował jedynie możliwość wyeksportowania danych do raportu oraz zapewnienie możliwości eksportu raportów do formatu pdf (a nie każdego możliwego zestawienia), co oznacza spełnienie innego wymagania określonego wprost w zakresie „Raportowanie”. Odwołujący nie przedstawił spełnienia przez oferowany system wymagania realizacji opcji eksportu tworzonych w systemie zestawień do standardowych formatów, w tym do formatu pdf.

Podkreślić należy, że na obecnym etapie postępowania, tj. na etapie oceny ofert, kwestionowanie przez Odwołującego zasadności lub potrzeby oraz sposobu sformułowania wymagań określonych w SWZ jest spóźnione.

Dowody załączone przez Odwołującego do odwołania, tj. materiał audiowizualny przygotowany przez Odwołującego na potwierdzenie, że zaoferowane oprogramowanie SAM umożliwia eksport danych do formatu pdf, poprzez wyeksportowanie danych do raportu, a tym samym spełnia warunki zamówienia oraz załącznik graficzny zawierający schemat eksportu danych do formatu pdf, poprzez wyeksportowanie do raportu, na potwierdzenie, że zaoferowane oprogramowanie SAM spełnia warunki zamówienia, prezentują sposób realizacji funkcjonalności eksportu do formatu pdf dla zestawień, zgodny z ustaleniami poczynionymi przez Zamawiającego podczas przeprowadzonej prezentacji. Proponowane przez Odwołującego rozwiązanie w zakresie powyższego wymagania odnośnie zestawień obejmuje ścieżkę, która dla uzyskania pliku pdf wymaga dodatkowych czynności, tj. wygenerowania raportu, albo pliku Excel i z tego poziomu możliwe jest przekonwertowanie do formatu pdf. Powyższe potwierdza prezentacja przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie, na okoliczność, że wszelkie informacje pobrane z Sytemu w formie zestawienia można zapisać w module raport, a następnie przenieść je do formatu pdf. Zamawiający przedstawił także fragment z prezentacji przez Odwołującego innej ścieżki prowadzającej do wygenerowania pliku pdf zawierającego dowolne zestawienie danych, który potwierdził, że zestawienie wybranych danych jest możliwe do zapisania w formacie między innymi: Excel, natomiast nie jest możliwe wyeksportowanie danych do formatu pdf. Wyeksportowanie zestawień do Excela wymaga bowiem dodatkowo przekonwertowania pliku do pdf.

Podsumowując, w świetle przedstawionych dowodów, Izba stwierdziła, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu pośredni sposób uzyskania funkcjonalności, określonej w pkt 4.2.1 w pozycji 6 SWZ, zgodnie z którym „Wszystkie tworzone w

systemie zestawienia muszą mieć opcję eksportu do standardowych formatów (xls, txt,

pdf)”. Zaoferowana przez Odwołującego funkcjonalność polegająca na eksportowaniu danych do pdf przy pomocy modułu raportowania, nie spełnia powyższego wymagania.

Biorąc pod uwagę okoliczności tej sprawy, za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 239 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez wybór oferty Betacom S.A. jako najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu oferta wykonawcy Betacom S.A. pozostaje jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz.

2437).

Przewodniczący: .....