Sygn. akt: KIO 245/22

WYROK

z dnia 28 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Anna Kuszel-Kowalczyk

Rafał Malinowski
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2022 r. przez wykonawcę: A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a, 02-672 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, ul. Leśników 21c, 05-090 Raszyn,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Empire Business Machine Sp. z o.o., CRAYON Poland Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 50/515, 00-695 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a, 02-672 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a, 02-672 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę 3 092 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) od wykonawcy: A.P.N. Promise S.A., ul. Domaniewska 44a, 02-672 Warszawa na rzecz zamawiającego: Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, ul. Leśników 21c, 05-090 Raszyn stanowiącą uzasadnione koszty poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika i opłatę skarbową.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 245/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego w Sękocinie Starym, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa licencji Microsoft dla jednostek organizacyjnych Lasów Państwowych". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 166-433338 w dniu 27 sierpnia 2021 r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w dniu 18 stycznia 2022 r.

Wykonawca A.P.N. Promise SA z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp" wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18 stycznia 2022 r.

Odwołujący wyjaśnił, że złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, wskutek czego Odwołujący został pozbawiony możliwości zawarcia umowy z Zamawiającym oraz osiągnięcia przychodu z tytułu jej wykonania. Gdyby Zamawiający nie naruszył niżej wskazanych przepisów Pzp i w konsekwencji nie wybrał jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Enterprise Business Machine z siedzibą w Warszawie, ul. Nowogrodzka 50/515, 00-695 Warszawa oraz Crayon Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 126/134, 00-008 Warszawa, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień

   Konsorcjum z dnia 22 grudnia 2021 r. złożonych na okoliczność rażąco niskiej ceny i zaniechanie ich odtajnienia, pomimo nieskutecznego zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa i braku podstaw do wyłączenia ich jawności;

2. art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę

   wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta zawierała rażąco niską cenę w części dotyczącej ceny usług wsparcia Producenta Microsoft Premier Support (300 h), gdyż zaoferowana cena została ustalona poniżej kosztów nabycia przedmiotowych usług;

3. art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę

   wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta zawierała rażąco niską cenę wykonania 6 przeglądów AD i Exchange, gdyż została ustalona poniżej kosztów świadczenia tych usług;

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) zwanej dalej „uznk", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż cena usług wsparcia Producenta Microsoft Premier Support (300 h) została ustalona poniżej kosztów nabycia przedmiotowych usług, tj. jako cena dumpingowa, jak również celem uzyskania wyższej od pozostałych wykonawców punktacji przy ocenie ofert;

5. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, z powodu nieprawidłowego oszacowania przez Konsorcjum kosztów realizacji usługi 6 przeglądów AD i Exchange;

6. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, z powodu błędnego przekonania Konsorcjum o możliwości naliczenia dodatkowego opustu od ceny usług wsparcia Producenta Microsoft Premier Support (300 h), naliczonego w oparciu o globalny program benefitowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum;

- przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert;

- odrzucenia oferty Konsorcjum jako złożoną w warunkach stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji lub zawierającą rażąco niską cenę lun zawierającą błąd w obliczeniu ceny lub kosztu;

- dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem

oferty odrzuconej.

I. Zarzut nr 1.

Konsorcjum zastrzegło wyjaśnienia z dnia 22.12.2021 r. jako tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób ogólny, nie przedłożywszy dowodów na potwierdzenie wszystkich zawartych w nim tez, przez co nie sprostało wymaganiu zawartemu w art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zobowiązane było do „wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna zostać uznana przez Zamawiającego za nieskuteczną, pozwalając zainteresowanym na rzetelną weryfikację oferty Konsorcjum. Uzasadnienie w zakresie odnoszącym się do rozwiązań przedsiębiorstwa Microsoft oraz współpracy z przedsiębiorstwem Microsoft stanowi zbiór twierdzeń o okolicznościach znanych Odwołującemu, jak również pozostałym uczestnikom postępowania. Informacje zastrzeżone przez Konsorcjum, a w szczególności informacje dotyczące cen produktów i usług przedsiębiorstwa Microsoft oraz rodzajów i wysokości rabatów, które w odniesieniu do nich przysługują nie są typem informacji, o których wiedzy nie posiada Odwołujący.

Zamawiający ustanowił szereg warunków, które musi spełniać każdy z potencjalnych uczestników postępowania tj.: Rozdz. III pkt. 7. 2) a) SIWZ, Rozdz. II pkt 7. 4) a) SIWZ, Rozdz. II pkt 7. 4) b) SIWZ, które sprawiły, że wyłącznie podmioty posiadające odpowiedni status partnerski z Microsoft oraz specjalizujące się w rozwiązaniach Microsoft, mogły złożyć oferty w postępowaniu. Odwołujący, tak samo jak Crayon Poland Sp. z o.o. (uczestnik Konsorcjum) posiada tytuł „Licensing Solutions Provider", który uprawnia do sprzedaży produktów i usług Microsoft w ramach umów licencjonowania zbiorowego, tj. dla dużej liczby użytkowników lub urządzeń. Crayon Poland Sp. z o.o. funkcjonuje w Polsce dopiero od 2020 r., podczas gdy Odwołujący posiada wymagany przez Zamawiającego status od blisko 15 lat. Odwołujący przedstawił potwierdzenie statusu LAR z 2008 r. oraz wydruk KRS A.P.N. Promise S.A. Odwołujący jest długoletnim partnerem Microsoft, który prowadzi działalność nie tylko na rynku lokalnym, ale również międzynarodowym, co podkreślało również Konsorcjum, zapewne w kontekście przymiotu niedostępnego innymi uczestnikom postępowania.

Niezależnie od długości prowadzonej współpracy, jej zasięgu oraz stopnia posiadanych kompetencji, Microsoft Sp. z o.o. potwierdził w piśmie z dnia 28.01.2022 r., że udzielał warunków na zakup Premier Support (aut. tj. wsparcia producenta) podmiotom zainteresowanym postępowaniem, a wobec każdego ze swoich partnerów stosuje jednolite zasady cenowe oparte o jednakowe kryteria, co oznacza, że dla każdego z uczestników postępowania informacja dot. cen oraz rabatów i upustów dotyczących usług tzw. Premier Support była powszechna.

W odniesieniu do informacji dot. specjalnych narzędzi stosowanych przez Konsorcjum przy przeprowadzaniu usługi przeglądów AD, Exchange, Odwołujący również stoi na stanowisku, że nie jest to informacja, która nie jest powszechnie dostępna lub nie mogłaby być łatwo dostępna dla osoby, która zajmuje się technologami Microsoft. Odwołujący w trakcie swojej wieloletniej działalności, przeprowadził dziesiątki, o ile nie setki usług związanych z AD i Exchange. Kompetencje do prowadzenia tego typu przeglądów Odwołujący wykazał składając Zamawiającemu stosowne oświadczenia w prowadzonym postępowaniu. Ilość wymagań ustanowionych w postępowaniu powinna była utwierdzić Zamawiającego, że podmioty, które spełniają ustanowione przez niego wymagania, dysponują porównywalną wiedzą, bowiem jest dla nich powszechna lub łatwo dostępna. Usługa przeglądu AD, Exchange nie jest usługą nietypową, właściwą tylko dla tego postępowania, w szczególności dlatego, że opiera się o weryfikację oprogramowania Microsoft, w którym uczestnicy postępowania, a w szczególności Odwołujący, specjalizują się od wielu lat.

Konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić, że omówione powyżej informacje, jako całość lub szczególne ich zestawienie nie są powszechnie lub łatwo dostępne dla osób, które się nimi zajmują, poprzestając na ogólnikowych tezach, nie znajdujących oparcia w załączonych dowodach.

Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum nie spełniło również przesłanki dot. podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji zastrzeżonych w poufności. Konsorcjum wskazało, że umowy jakie zawiera z kontrahentami zawierają klauzule poufności, na dowód czego została przedłożona „umowa z kontrahentem", która stosowną klauzulę zawiera. Brak jest jednak w uzasadnieniu informacji, czy informacje, na które się powołuje w swoich wyjaśnieniach, są przedmiotową umową o zachowaniu poufności objęte. Konsorcjum załączyło również przykładową umowę ze współpracownikiem, w której jest zawarta klauzula poufności, jednak nie wskazało, czy to wyłącznie tenże współpracownik posiada dostęp do informacji objętych zastrzeżeniem. Pozostałe rodzaje działań podejmowanych przez Konsorcjum, nie zostały w żaden sposób wykazane np. poprzez przedłożenie zatwierdzonych i obowiązujących w Konsorcjum polityk i procedur, opisujących stosowane przez Konsorcjum zabezpieczenia.

Odwołujący wskazał, że zawieranie umów o zachowaniu w poufności stanowi rynkowy standard, natomiast zachowanie należytej staranności w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, o której mowa w art. 11 ust. 2 uznk jest znacznie szersze i nie powinno się ograniczać wyłącznie do umownych klauzul. Konsorcjum nie sprostało wymaganiu z art. 8 ust. 3 Pzp „wykazania", a zatem udowodnienia, a nie wyłącznie uprawdopodobniania istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

II. Zarzut nr 2.

W postępowaniu złożono następujące oferty na usługę wsparcia systemów Microsoft (Premier Support) w wymiarze 300 godzin, która to cena stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert w postępowaniu:

- A.P.N. Promise S.A. - 548 037,00 zł brutto (1 826,79 zł/h brutto);
- T-Systems Polska sp. z o.o. - 532 098,00 zł brutto (1 817,94 zł /h);
- Empire Business Machine sp. z o.o. i Crayon Poland sp. z o.o. - 412 500,00 zł brutto

  (1 375 zł/h brutto).

Aby złożyć Zamawiającemu ofertę na Premier Support wykonawca musiał zwrócić się do Microsoft Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o przedstawienie warunków handlowych.

Odwołujący otrzymał od Microsoft ofertę zakupu Premier Support za kwotę 432 586,66 zł netto, tj. kwotę 532 081,59 zł brutto.

W pismach z dnia 27.01.2022 r. i 25.11.2021 r. Microsoft poinformował, że udzielał warunków na Premier Support podmiotom zainteresowanym postępowaniem oraz że wobec każdego z partnerów stosuje jednolite zasady cenowe oparte o jednakowe kryteria.

Konsorcjum zaoferowało Zamawiającemu cenę za Premier Support w wysokości 412 500,00 zł brutto tj. cenę o 135 537,00 zł niższą niż koszt zakupu Premier Support od Microsoft Polska. Przedmiotowa cena nie pozwala Konsorcjum na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w zakresie Premier Support ze środków, które Konsorcjum mogłoby otrzymać od Zamawiającego.

Zamawiający dwukrotnie wezwał Konsorcjum do przedłożenia wyjaśnień na okoliczność wykazania braku wystąpienia rażąco niskiej ceny. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia w piśmie z dnia 22.12.2021 r. oraz w piśmie z dnia 17.01.2022 r., zastrzegając znaczną część wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa. Niemniej we fragmencie

wyjaśnień z dnia 22.11.2021 r., które nie podlegały zastrzeżeniu wskazano, że „(...) Crayon

ma dostęp do specjalnych, globalnych programów partnerskich, przeznaczonych dla najlepszych na świecie partnerów, które są nieosiągalne dla innych lokalnych partnerów

działających na rynku polskim". Wyjaśnienia Konsorcjum, stoją w sprzeczności ze stanowiskiem Microsoft z dnia 25.11.2021 r. i 27.01.2022 r. Konsorcjum sugeruje, że posiada korzystniejsze warunki zakupu produktów i usług Microsoft niż pozostali partnerzy Microsoft z uwagi na międzynarodowy zasięg prowadzonej działalności i na tą okoliczność przedłożyło dowód, którego pozostali uczestnicy postępowania, w tym Odwołujący, nie mogą poddać weryfikacji.

W dniu 11.01.2022 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o udzielenie odpowiedzi na 3 pytania w kontekście zaoferowanej ceny Premier Support, na które Konsorcjum udzieliło odpowiedzi pismem z dnia 17.01.2022 r. Jeżeli bonus/opust byłby naliczany w oparciu o „globalny program benefitowy", niedostępny dla Odwołującego, to tenże program musiałby zostać sporządzony wyłącznie dla Konsorcjum na potrzeby

postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, aby Konsorcjum mogło zaoferować Zamawiającemu cenę Premier Support wraz uwzględnieniem bonusu/opustu, którego Konsorcjum nie otrzymało od Microsoft Polska lecz od podmiotu trzeciego, od którego Premier Support nie jest nabywany i z którym nie jest zawierana umowa na świadczenie usług Premier Support na rzecz Zamawiającego.

Odwołujący poddał w wątpliwość to, że tego typu dokument znajduje się wyjaśnieniach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Konsorcjum z uwagi na oficjalne stanowisko Microsoft. Gdyby było inaczej, przedmiotowe działanie mogłoby zostać zakwalifikowane jako naruszające prawo antymonopolowe, jak również mające wpływ na udzielanie zamówień publicznych na terytorium Polski. W ocenie Odwołującego, dokument, na który powołuje się Konsorcjum, nie uprawnia do skalkulowania bonusu/opustu na zakup

Premier Support tylko w ramach postępowania, o co dopytywał Zamawiający, lecz może być dokumentem dotyczącym innej formy finansowania podmiotu dominującego nad jednym z członków Konsorcjum - przedsiębiorstwo Crayon Group Holding ASA przez podmiot, na który powołuje się Konsorcjum w wyjaśnieniach. Zatem, jeżeli finansowanie byłoby udzielane na rzecz Crayon Poland Sp. o.o. przez podmiot nad nim dominujący lub przez podmiot trzeci, który nie dokonuje sprzedaży Premier Support na rzecz Konsorcjum, doszłoby do finansowania krzyżowego/skrośnego, tj. finansowania realizacji zamówienia dot. Premier Support z innego źródła aniżeli wynagrodzenie otrzymywane od Zamawiającego za Premier Support, co w oczywisty sposób zaburza ocenę kalkulacji ceny Premier Support i nie powinno zostać uwzględnione przy ocenie tejże ceny. Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że cena rażąco niska występuje również wtedy, gdy straty z realizacji zamówienia miałyby być pokrywane z innych źródeł, aniżeli wynagrodzenie umowne np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2019 r. (KIO 2640/18).

III. Zarzut nr 3.

W postępowaniu złożono następujące oferty na usługę wykonania 6 przeglądów AD i Exchange, która to cena stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert w postępowaniu:

1. A.P.N. Promise S.A. - 51 955,20 zł brutto (jeden przegląd: 8 659,20 zł brutto);

2. Empire Business Machine sp. z o.o. i Crayon Poland sp. z o.o. - 7 380,00 PLN brutto (jeden przegląd: 1 230,00 zł brutto);

3. T-Systems Polska Sp. z o.o. - 55 350,00 zł brutto (jeden przegląd: 9 225,00 zł brutto).

Zaoferowana przez Konsorcjum cena jest nierealna i nie jest możliwe spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego w zakresie wykonania przeglądów opisanych w dokumentacji postępowania.

Odwołujący przedstawił listę czynności składających się na wykonanie jednego przeglądu i oszacował, że pracochłonność związana z wykonaniem jednego przeglądu

Active Directory i Exchange wyniesie 4 roboczodni, tj. 32 godziny pracy. Zaoferowanie za jeden przegląd AD i Exchange stawki 1 230,00 zł brutto, świadczyłoby, że godzina pracy osoby odpowiedzialnej za jej przeprowadzenie stanowi koszt w wysokości ok. 38,00 zł brutto za 1 roboczogodzinę. Stawki godzinowe wynagrodzenia specjalistów IT z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, zgodnie z załączonym raportem płacowym IT Contracting 2021 r., wynoszą ok. 100,00 zł netto, tj. 123,00 zł brutto za 1 roboczogodzinę (Microsoft Windows Server Admin (5+ lat doświadczenia / Windows / Wintel Engineer (5+ lat doświadczenia) - strona 17 załączonego raportu płacowego. Porównanie to jasno obrazuje, że Konsorcjum bądź zaniżyło cenę za wykonanie przeglądu AD i Exchange, bądź nie doszacowało pracochłonności wymaganej w związku z wykonaniem tej usługi. Cena oferty Konsorcjum w zakresie wykonania przeglądów AD i Exchange jest blisko o 70% niższa niż cena, którą z zachowaniem należytej staranności należałoby skalkulować za tego typu usługę.

W celu wykonania przeglądu AD i Exchange z wykorzystaniem ewentualnego narzędzia informatycznego, na które powołuje się Konsorcjum w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, należałoby wykonać, co najmniej poniższe czynności:

• przygotować informacje dla Zamawiającego o wymaganych dostępach i ich poziomach w kontekście konkretnej instancji usługi uruchomionej po stronie Zamawiającego;
• uruchomić/zainstalować lub wdrożyć środowisko do przeprowadzenia przeglądu;

• przeprowadzić przegląd w sposób zautomatyzowany lub częściowo zautomatyzowany;

• zapoznać się z wynikami przeglądu przygotowanymi przez platformę;

• omówić wyniki przeglądu z Zamawiającym;

• stworzyć zalecenia dla Zamawiającego na bazie wyników przeglądu.

Konsorcjum w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazuje, że pewne procesy zostały

zautomatyzowane, z uwagi na dysponowanie platformą narzędziową wykorzystywaną do prowadzenia przeglądów infrastruktury technicznej klientów.

Odwołujący przyznał, że jest możliwe przeprowadzenie analizy logów przez narzędzie informatyczne, jednak w opinii Odwołującego, posiadane przez Konsorcjum narzędzie informatyczne nie potrafi generować rekomendacji, o które wnioskuje Zamawiający. Zamawiający jasno deklaruje, że wyniki tego przeglądu będą przedmiotem działań korygujących realizowanych przez zespół Zamawiającego, a tenże potrzebuje jasnych i klarownych instrukcji na temat poprawy jakości funkcjonowania krytycznych usług infrastrukturalnych tj. usługa katalogowa (AD) i poczta korporacyjna (Exchange). W celu przeprowadzenia rzetelnego przeglądu poczty korporacyjnej zbudowanej w oparciu o technologię Microsoft Exchange, należy także przeanalizować otoczenie technologii Microsoft (tj. Exchange), a precyzyjniej takie usługi jak: ochrona antywirusowa oraz antyspamowa, system zarządzania aktualizacjami, system kopii zapasowej, czego nie obejmie analiza logów usług AD i Exchange przez narzędzie informatyczne. Pominięcie tych komponentów w przeglądzie może doprowadzić do istotnego ograniczenia poziomu bezpieczeństwa całej usługi poczty korporacyjnej Zamawiającego, a tym samym spowodować, że usługa Exchange będzie podatna na ataki hakerskie lub phishingowe.

W uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum ujawniło, że na dowód posiadania autorskiego narzędzia informatycznego załączyło jego opis. Jeżeli opis stanowi wyłączny dowód posiadania narzędzia informatycznego, wyjaśnienia należałoby uznać za niekompletne oraz niewiarygodne. Opis działania autorskiego narzędzia informatycznego może być wyłącznie opisem stworzonym na potrzeby wyjaśnień udzielanych Zamawiającemu, a jako taki nie powinien podlegać ocenie. Wiarygodny dowód z posiadania stosownego narzędzia mogłyby stanowić referencje od podmiotów na rzecz których przeprowadzono stosowne audyty z wykorzystaniem narzędzia informatycznego lub umowy na realizację stosownych audytów z wykorzystaniem narzędzia informatycznego lub faktury z tytułu realizacji audytów z wykorzystaniem narzędzia informatycznego.

IV. Zarzut nr 4.

Do uzasadnienia niniejszego zarzutu w pełni odnosi się uzasadnienie zarzutu nr 2. Konsorcjum, znając lub mogąc poznać warunki handlowe na zakup Premier Support od Microsoft, zaproponowało cenę, która znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez innych partnerów Microsoft, a w szczególności jest ceną poniżej kosztów zakupu Premier Support od Microsoft.

Gdyby cena zaoferowana przez Konsorcjum za sprzedaż Premier Support została skalkulowana z uwzględnieniem marży koniecznej na pokrycie kosztów związanych z obsługą tejże sprzedaży, oferta złożona przez Konsorcjum, prawdopodobnie nie uzyskałaby najwyższej liczby punktów w kryterium „Koszt nabycia usług wsparcia systemów Microsoft „wM"". Zaniżenie ceny oferty doprowadziło do zawyżenia punktacji oferty Konsorcjum kosztem obniżenia punktacji pozostałych uczestników postępowania, którzy skalkulowali swoje oferty należycie. Konsorcjum, oferując cenę w kryterium poniżej ceny zakupu od Microsoft Polska, spełniło niezbędne przesłanki pozwalające uznać ofertę Konsorcjum za złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem tym Konsorcjum utrudniło Odwołującemu dostęp do rynku, w szczególności przez odsprzedaż Premier Support poniżej kosztów ich zakupu, a po drugie sprzedaż ta miała na celu eliminację Odwołującego, poprzez utratę szansy na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, wypełniając przesłanki z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona.

V. Zarzut nr 5 i 6.

Niska cena oferty w zakresie kryterium Koszt wykonania 6 przeglądów AD i Exchange „Kp" może świadczyć także o niedoszacowaniu przez Konsorcjum prac, które wykonawcy zobowiązani będą wykonać na rzecz Zamawiającego w ramach usług związanych z wykonaniem przeglądów ActiveDirectory i Exchange. Oferta złożona przez Konsorcjum może zatem zawierać błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Argumenty te obligowały Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum. Nieuwzględnienie przez Konsorcjum w sporządzonej wycenie wszystkich czynności, które winny być dokonane w ramach danej usługi należy poczytywać jako błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na niedoszacowanie kosztów,

które wykonawca poniesie w związku ze świadczeniem usług. Nieuwzględnienie w sporządzonej wycenie czynności, które należy wykonać na rzecz Zamawiającego a które opisane zostały w OPZ należy poczytywać jako błędne ustalenie stanu faktycznego przez

Konsorcjum poprzez nieprawidłowe zrozumienie potrzeb Zamawiającego w odniesieniu do usług, których wykonania oczekuje.

W odniesieniu do kryterium dotyczącego kosztów nabycia systemów Microsoft błąd w obliczeniu ceny lub kosztu przejawia się w błędnej ocenie co do możliwości uzyskania dodatkowego opustu w zakresie nabycia usług wsparcia systemów Microsoft naliczonego w

oparciu o globalny program benefitowy, podczas gdy Microsoft Sp. z o.o. stosuje wobec

swoich partnerów jednolite zasady cenowe oparte o jednakowe kryteria, co przełożyło się na błędne obliczenie ceny w kryterium kosztu nabycia systemów Microsoft. Oferta powinna zostać odrzucona.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach konsorcjum: Empire Business Machine sp. z o.o., Crayon Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący, pismem z dnia 21 lutego 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zarzut nr 1

Przystępujący podniósł, że w sposób wyczerpujący uzasadnił konieczność zastrzeżenia wyjaśnień ceny jako poufnych i wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Okoliczności współpracy Przystępującego z Microsoft oraz uzyskane rabaty i bonusy nie są znane pozostałym uczestnikom postępowania, o czym świadczy m.in. przekonanie Odwołującego o braku możliwości wykonania zamówienia za cenę wskazaną przez Przystępującego.

W szczególności, nie jest prawdą, iż Crayon Poland sp. z o.o. posiada ten sam poziom partnerstwa co Odwołujący. Oba podmioty posiadają tytuł „Licensing Solutions Provider", który uprawnia do sprzedaży produktów i usług Microsoft dla dużej liczby użytkowników lub urządzeń, to jednak Crayon jest globalnym partnerem Microsoft (jednym z dziesięciu na świecie) i z tego tytułu posiada szereg wymiernych korzyści, które są niedostępne dla pozostałych 64.000 partnerów Microsoft, w tym partnerów o statusie Licensing Solutions Provider. Przystępujący opisał w wyjaśnieniach ceny sposób rozliczania globalnych partnerów z Microsoft i wykazał spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 18 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący wskazał, że zasady i warunki cenowe na zakup Premier Support w postępowaniu były jednolite dla wykonawców posiadających status Licensing Solutions Provider, co nie wyklucza jednak skorzystania przez Przystępującego z dodatkowych bonusów wynikających z faktu posiadania przez Crayon statusu Partnera Globalnego

Microsoft. Z samego pisma Microsoft wynika zresztą wprost, że „Każdy z partnerów zaś posiada pełną swobodą w kształtowaniu polityki cenowej wobec swoich klientów”.

Odnośnie zastrzeżenia informacji dotyczących autorskiego narzędzia Przystępującego do wykonywania przeglądów AD Exchange, Przystępujący opisał sposób jego działania, wykazał na czym polega jego oryginalność i udowodnił, że nie jest to informacja powszechnie dostępna, nawet dla podmiotów zajmujących się technologiami Microsoft.

Nie sposób się również zgodzić z tezą, że Przystępujący nie spełnił przesłanki dotyczącej podjęcia przy zachowaniu należytej staranności działań w celu utrzymania informacji zastrzeżonych jako poufne. Odwołujący załączył do wyjaśnień wyciąg umowy z Microsoft z której jednoznacznie wynika, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Stron.

Odwołujący opisał sposób postępowania z informacjami poufnymi obowiązujący w jego przedsiębiorstwie i załączył umowę z osobą, która jest odpowiedzialna za sporządzenie oferty w postępowaniu, zawierającą klauzulę poufności. Zgodnie z treścią uzasadnienia zastrzeżenia poufności, do informacji poufnych ma dostęp zarząd oraz osoby przygotowujące i sprawdzające ofertę. W przedsiębiorstwie Przystępującego, każdy

pracownik i osoba zatrudniona na podstawie umowy cywilnoprawej jest związany umową o poufności i brak jest racjonalnych powodów, aby do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy zostały załączone umowy o poufności ze wszystkimi pracownikami.

Na koniec, trzeba z całą stanowczością pokreślić, że uzasadnienie zastrzeżenia poufności, jest integralną częścią wyjaśnień i musi być rozpatrywane w kontekście informacji, których ono dotyczy. W konsekwencji, Zamawiający jako gospodarz postępowania, ocenia, czy uzasadnienie poufności odnosi się wprost do konkretnych dokumentów objętych poufnością. Jeżeli zatem w uzasadnieniu zostało wskazane, że zastrzeżone dokumenty zawierają składniki cenotwórcze, dotyczą autorskich rozwiązań, niedostępnych dla ogółu albo są objęte klauzulami poufności, Zamawiający powinien skonfrontować tę tezę z rzeczywistymi informacjami, które zostały mu udostępnione

Zarzut nr 2

Przystępujący podkreślił, że Crayon jest globalnym Partnerem Microsoft (jednym z dziesięciu największych Partnerów LSP na świecie), co potwierdza informacja zamieszczona na oficjalnej stronie internetowej Amazon Web Services (firmy udostępniającej publicznie platformę chmurową oraz hostingowy serwis internetowy, będąca jednostką zależną firmy Amazon, udostępniająca usługi dostępne w sieci Web) o treści: „Crayon Group AS jest jednym z 10 największych światowych partnerów firmy Microsoft", informacja zamieszczona na oficjalnej stronie internetowej Crayon Group o treści: „Jesteśmy w pierwszej dziesiątce

globalnych dostawców usług Microsoft LSP, w pierwszej trójce globalnych partnerów SPL4 i

Azure Expert MSP. Z ponad 350 certyfikowanymi specjalistami Microsoft

Jako Partner Globalny, Crayon posiada szereg wymiernych korzyści, które są niedostępne dla pozostałych 64.000 partnerów Microsoft, w tym partnerów o statusie Licensing Solutions Provider. Partnerzy Globalni generują około 80% całkowitego obrotu Microsoft na świecie i z tych względów ich rozliczenia z Microsoftem odbywają się na zupełnie innych zasadach aniżeli na poziomie lokalnym, krajowym. W szczególności, przepływ środków z tytułu sprzedaży produktów Microsoft odbywa się pomiędzy różnymi przedstawicielstwami Microsoft oraz Globalnych Partnerów na całym świecie. Upusty, które są uzależnione od wyników finansowych poszczególnych Partnerów są dystrybuowane pomiędzy poszczególne spółki grupy kapitałowej, jaką tworzą poszczególni Partnerzy

Globalni według schematów określanych przez Microsoft w ramach różnych programów partnerskich.

Z pism Microsoft sp. z o.o. z dnia 25 listopada 2021 r. i 27 stycznia 2022 r. wynika

jedynie to, że przedstawicielstwo Microsoft w Polsce zaoferowało wykonawcom biorącym udział w postępowaniu usługę wsparcia Premier Support za określoną cenę i na jednolitych warunkach dla wszystkich uczestników postępowania. Oznacza to, jedynie to, że w przypadku decyzji wykonawcy o nabyciu usługi wsparcia od Microsoft sp. z o.o., wykonawca będzie musiał za tę usługę zapłacić na rzecz Microsoft sp. z o.o. cenę wskazaną w ofercie tego podmiotu. Nie oznacza to jednak, że kalkulując cenę ofertową w postępowaniu, Przystępujący nie może skorzystać z dodatkowych rabatów, które zostały mu udzielone w związku z posiadanym statusem Partnera Globalnego i zaoferować cenę niższą aniżeli wskazana w ofercie Microsoft sp. z o.o., pod warunkiem, że wykaże, że z uwagi na dodatkowe upusty, osiągnie na tej usłudze zysk. Potwierdza to treść obu pism Microsoft sp. z o.o. zgodnie z którymi „Każdy z Partnerów posiada pełną swobodę w kształtowaniu polityki cenowej wobec swoich klientów". To twierdzenie jest właśnie konsekwencją tego, iż każdy wykonawca, w zależności od poziomu i rodzaju partnerstwa oraz generowanych obrotów z tytułu sprzedaży produktów Microsoft (lokalnie lub na świecie) otrzymuje bardzo zróżnicowane warunki finansowe, w tym upusty, bonifikaty i rabaty.

Z tych względów, całkowicie niezasadna jest teza Odwołującego, zgodnie z którą „jeżeli bonus/opust byłby naliczany w oparciu o globalny program benefitowy, niedostępny dla Odwołującego, to tenże program musiałby zostać sporządzony wyłącznie dla Konsorcjum na potrzeby Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, aby Konsorcjum mogło zaoferować Zamawiającemu cenę Premier Support z uwzględnieniem bonusu/opustu, którego Konsorcjum nie otrzymało od Microsoft Polska lecz od podmiotu trzeciego, od którego Premier Support nie jest nabywany i z którym nie jest zawierana umowa na świadczenie usług Premier Supportu na rzecz Zamawiającego",

Programy globalne nie są „sporządzane" na potrzeby konkretnych postępowań, tylko są dedykowane podmiotom (Partnerom Globalnym), w zamian za to, że podmioty te generują większość obrotu Microsoft z tytułu sprzedaży produktów Microsoft. W ramach takiego programu następuje rozliczenie udziału procentowego danego produktu oferowanego przez daną spółkę Partnera Globalnego w ramach konkretnego postępowania

(w analizowanym przypadku usługi wsparcia Premier Support oferowanej w postępowaniu) i zostaje naliczony rabat czy bonus uzależniony od wyniku sprzedaży tego konkretnego produktu. W konsekwencji, argumenty Odwołującego odwołujące się do rzekomego „finansowania" członka konsorcjum przez podmiot nad nim dominujący lub podmiot trzeci, który nie dokonuje sprzedaży Premier Support są całkowicie chybione.

Zarzut nr 3

Zarzut odnoszący się do nierealnej ceny zaoferowanej przez Przystępującego za wykonanie 6 przeglądów AD i Exchange jest również nieuzasadniony.

W części niejawnej wyjaśnień ceny z dnia 22 grudnia 2021 r. Przystępujący szczegółowo opisał autorskie narzędzie pozwalające na automatyzację procesu wykonania przeglądów AD Exchange, dzięki któremu pracochłonność związana z wykonaniem jednego przeglądu jest znacznie mniejsza aniżeli wskazuje Odwołujący oraz załączył dowód w postaci przykładu praktycznego wykorzystania tego narzędzia ilustrujący sposób i zakres jego działania. Tym samym, Przystępujący nie ograniczył się jedynie do „opisania" narzędzia na potrzeby postępowania, ale pokazał jak jest ono stosowane.

Wykorzystanie wyżej opisanego narzędzia w istotny sposób zmniejsza czasochłonność wykonania jednego przeglądu i w konsekwencji stawki inżynierów zatrudnionych przez Przystępującego są nawet wyższe aniżeli wynika to z przedstawionego przez Odwołującego raportu płacowego IT Contracting 2021 Hays Polska,

Zarzut nr 4

Zgodnie z tym, co zostało wskazane w pkt 2 powyżej, kalkulując cenę ofertową, Przystępujący miał możliwość skorzystania z dodatkowych rabatów, które zostały mu udzielone w związku z posiadanym statusem Partnera Globalnego i zaoferowania ceny niższej aniżeli wskazana w ofercie Microsoft sp. z o.o. Wykorzystanie przez Przystępującego dodatkowych bonusów wynikających z wyższego statusu partnerskiego nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji.

W analizowanym stanie faktycznym, trudno jest uznać, iż Przystępujący, który posiada lepsze warunki nabycia produktów Microsoft aniżeli Odwołujący i w związku z tym jest w stanie zaoferować niższą cenę dopuszcza się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami. Działanie Przystępującego nie ma również na celu wyeliminowania Odwołującego z rynku czy też pogorszenia możliwości zbytu oferowanych przez niego produktów i usług a jedynie mieści się w granicach uczciwej konkurencji w zakresie ubiegania się o zamówienie w postępowaniu.

Zarzuty nr 5 i 6

Przystępujący wskazał, że dokonał wyceny swojej oferty świadomie i z zachowaniem wszelkiej możliwej staranności. Koszty wykonania 6 przeglądów AD I Exchange zostały oszacowane prawidłowo i uwzględniają wszelkie wymagania określone w dokumentacji postępowania, co zostało wykazane w wyjaśnieniach ceny z 22 grudnia 2021 r.

Przystępujący prawidłowo ocenił również stan faktyczny w zakresie możliwości skorzystania z upustów na zakup usługi wsparcia Premier Support. Zgodnie ze stanowiskiem Microsoft sp. z o.o. wyrażonym w pismach z dnia 25 listopada 2021 r. oraz 28 stycznia 2022 r. niezależnie od ceny zaoferowanej przez polskie przedstawicielstwo Microsoft sp. z o.o., Przystępujący ma pełną swobodę w kształtowaniu polityki cenowej wobec swoich klientów, co oznacza m.in., że mógł skorzystać z dodatkowych rabatów oferowanych w ramach globalnego programu partnerskiego i zaoferować inną cenę niż cena wskazana przez Microsoft sp. z o.o.

Nie można zatem mówić o jakichkolwiek błędach Przystępującego w obliczeniu ceny ofertowej lub kosztu i w konsekwencji brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny zawierają szczegółowe informacje, które wypełniają wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Podkreślił, że Przystępujący wyjawił w swoich wyjaśnieniach bardzo szczegółowe kalkulacje ceny, przedstawił politykę rabatów. Informacje te nie są dostępne Odwołującemu i innym wykonawcom. Przystępujący opisał również narzędzie informatyczne do wykonania

przeglądów, pozwalające na istotne obniżenie ceny oferowanych usług. Zamawiający uznał, że wykazanie przez Przystępującego przykładowych umów zawierających klauzule poufności jest wystarczające i przekonujące o podjęciu przez wykonawcę działań zapewniających ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnośnie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, zdaniem Zamawiającego, Przystępujący wykazał w sposób rzetelny, że cena jest realna i wiarygodna. Wykonawca ten ma możliwość korzystania z rabatów i bonusów - korzystnych sposobów finasowania przedmiotu oferty. Posiada także dostęp do wykwalifikowanego personelu. Wykorzystuje narzędzia informatyczne obniżające koszty pracy. Zamawiający wyjaśnił, że jako jednostka centralna dla wszystkich jednostek Lasów Państwowych realizuje zamówienia informatyczne, a w związku z tym posiada specjalistów z odpowiednimi kwalifikacjami, którzy są w stanie ocenić dane narzędzia informatyczne, w tym narzędzie przedstawione przez Przystępującego w ramach wyjaśnień. Zamawiający podkreślił, że zastosowane wobec ceny usług będących przedmiotem oferty upusty zostały przez Przystępującego wyliczone w sposób dokładny na potrzeby tego zamówienia, a ponadto wykonawca skalkulował zysk.

Zamawiający wskazał, że nawet w sytuacji gdyby Przystępujący zaoferował cenę usług wsparcia na poziomie ceny oferowanej przez Odwołującego, to i tak w ramach pozostałych kryteriów uzyskałby najwyższą punktację wśród złożonych ofert.

Biorąc pod uwagę skalkulowanie ceny w sposób rzetelny przez Przystępującego w ocenie Zamawiającego bezzasadny jest zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający podkreślił, że korzystanie przez wykonawcę z dostępnych mu rabatów i upustów jest normalnym zachowaniem na rynku i nie nosi cech czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie dopatrzył się również, aby Przystępujący popełnił błąd w obliczeniu ceny oferty. Z dokonanej analizy wynika, że kalkulacja ceny oferty została dokonana przez Przystępującego w sposób logiczny i spójny, i jest zgodna z przepisami obowiązującego

prawa.

Zamawiający wskazał, że z wyjaśnień Przystępującego wynika, że wykonawca osiągnie zysk w wyniku realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Przystępujący założył minimalny bonus uzależniony od wielkości sprzedaży zatem należy uznać, że jest to przyjęty przez Przystępującego zwrot pewny i powiązany z danym konkretnym zamówieniem.

W ocenie Zamawiającego, nie ma przeszkód, aby autorskie narzędzie Przystępującego mogło być zastosowane przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wyjaśnił także, że dokonał szczegółowej analizy wyjaśnień Przystępującego w tym zakresie.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach konsorcjum: Empire Business Machine sp. z o.o., Crayon Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

(Zarzut nr 1 odwołania)

Niezasadny jest zarzut naruszenia przepisów art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp, przez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień Konsorcjum z dnia 22 grudnia 2021 r. złożonych na okoliczność rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie ich odtajnienia, pomimo nieskutecznego zastrzeżenia treści wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i braku podstaw do wyłączenia ich jawności.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Stosownie do ust. 2, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie natomiast z ust. 3, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Jak wskazuje się w opinii UZP: „określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie „tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55).”

Pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” jest definiowane także w tzw. porozumieniu TRIPS (art. 39). Porozumienie stanowi, iż: „1. Dla zapewnienia skutecznej ochrony przed nieuczciwą konkurencją, jak postanowiono w Artykule l0bis Konwencji paryskiej (1967), Członkowie będą chronić informację nieujawnione zgodnie z ust. 2, a także dane przedstawione rządowi lub agencjom rządowym zgodnie z ust. 3. 2. (vide: Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 12 lutego 1996 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) (Dz. U. z dnia 19 marca 1996r.). Osoby fizyczne i prawne będą miały możliwość zapobiegania temu, aby informacje pozostające w sposób zgodny z prawem pod ich kontrolą nie zostały ujawnione, nabyte lub użyte bez ich zgody przez innych, w sposób sprzeczny z uczciwymi praktykami handlowymi, tak długo, jak takie informacje:

1. są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji;

2. mają wartość handlową dlatego, że są poufne;

3. poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności."

Nie powinno budzić wątpliwości, iż fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Opracowane przez wykonawcę narzędzie informatyczne - stanowiące efekt posiadanego przez wykonawcę know-how - umożliwiające złożenie oferty konkurencyjnej cenowo, a zatem informacje o tym, jakie rozwiązanie techniczne zostanie użyte przy realizacji zamówienia, stanowią o przewadze konkurencyjnej tego wykonawcy i ich ujawnienie naraża wykonawcę na poniesienie wymiernej szkody. Przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach szczegółowe informacje techniczne przedstawiające sposób działania powyższego narzędzia informatycznego, a Zamawiający potwierdził, że dokonał jego weryfikacji. Dodatkowo, Odwołujący sam przyznał na rozprawie, że takie narzędzia są dostępne na rynku, ale są one bardzo drogie - jest to narzędzie autorskie i oryginalne, a zasady jego działania nie są informacją powszechnie dostępną. Tym samym zostało potwierdzone, że ujawnienie szczegółowych informacji o zasadach działania wykorzystywanego rozwiązania technicznego mogą narażać Przystępującego na poniesienie straty w związku z istotną wartością gospodarczą tych informacji.

Ponadto, jak wynika z okoliczności sprawy, zasady współpracy Przystępującego, jako Partnera Globalnego, z Microsoft nie są znane pozostałym uczestnikom postępowania. Przystępujący jednoznacznie wyjaśnił, że firma Crayon posiada inny poziom partnerstwa z Microsoft niż Odwołujący i z tego tytułu Konsorcjum posiada wymierne możliwości obniżenia ceny, które są niedostępne dla podmiotów posiadających tytuł „Licensing Solutions Provider". Przystępujący opisał w wyjaśnieniach ceny sposób rozliczania Partnerów Globalnych Microsoft, przedstawił szczegółowe dane finansowe i tym wykazał spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 18 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Załączony do wyjaśnień wyciąg z umowy z Microsoft potwierdza, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa przez partnerów umowy za pomocą klauzul o poufności. Przystępujący przedstawił także obowiązujące w jego przedsiębiorstwach zasady dostępu do informacji poufnych przez osoby odpowiedzialne za przygotowanie oferty. Za nieuzasadnione należy uznać oczekiwanie Odwołującego, aby wykonawca wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa składał Zamawiającemu umowy zawarte ze wszystkimi pracownikami, mającymi dostęp do takich informacji.

Nie potwierdziły się okoliczności, że uzasadnienie w zakresie odnoszącym się do rozwiązań przedsiębiorstwa Microsoft oraz współpracy z przedsiębiorstwem Microsoft stanowi zbiór twierdzeń o okolicznościach znanych Odwołującemu, jak również pozostałym uczestnikom postępowania. Żadne dowody w tym zakresie nie zostały przez Odwołującego przedstawione. Odwołujący nie wykazał również, że informacje dotyczące specjalnych

narzędzi stosowanych przez Konsorcjum przy przeprowadzaniu usługi przeglądów AD, Exchange, są powszechnie dostępne lub mogłyby być łatwo dostępna dla osoby, która

zajmuje się technologami Microsoft. Konsorcjum wykazało natomiast, jakie działania podejmuje w celu zachowania powyższych informacji w poufności. W powyższym zakresie zostało wykazane za pomocą przykładowych umów, że wykonawca stosuje odpowiednie zabezpieczenia przed dostępem do tych informacji ze strony osób trzecich. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Przystępujący nie ograniczył wyłącznie do umownych klauzul w tym zakresie, choć jest to jeden z istotnych sposobów na zabezpieczenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe, dokumenty i informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień dotyczących ceny oferty Konsorcjum spełniają przesłanki do objęcia ich ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Zastrzeżone w

wyjaśnieniach informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a jednocześnie wykonawca wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 18 ust. 3

ustawy Pzp, jak również wykazał spełnienie przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo

dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w powyższym zakresie i nie naruszył zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

(Zarzut nr 2 odwołania)

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej ceny usług wsparcia Producenta Microsoft Premier Support (300 h), gdyż zaoferowana cena została ustalona poniżej kosztów nabycia przedmiotowych usług.

W prowadzonym postępowaniu wpłynęły do Zamawiającego oferty m.in. na usługę

wsparcia systemów Microsoft (Premier Support) w wymiarze 300 godzin:

A.P.N. Promise S.A. za cenę 548 037,00 zł brutto (1 826,79 zł/h brutto);

T-Systems Polska sp. z o.o. za cenę 532 098,00 zł brutto (1 817,94 zł /h);

Empire Business Machine sp. z o.o. i Crayon Poland sp. z o.o. za cenę 412 500,00 zł brutto (1 375 zł/h brutto).

Pismem z dnia 16 grudnia 2022 r. Zamawiający w związku z wniesionym w dniu 3 grudnia 2021 r. przez wykonawcę A.P.N. Promise S.A., zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia kosztu istotnych elementów oferty. Zamawiający wskazał, że zgodnie z informacjami zawartymi w odwołaniu, wszyscy wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu uzyskali jednakowe warunki cenowe dla usług wsparcia systemów Microsoft (tzw. Premier Support) podlegających odsprzedaży Zamawiającemu. Kwota zakupu Premier Support dla wykonawców wynosiła 432 586,66 zł netto to jest 532 081,59 zł brutto. Konsorcjum: Empire Business sp. z o.o. i Crayon Poland sp. z o.o. zaoferowało koszt nabycia przez Zamawiającego 412.500,00 zł, brutto. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia kosztu wskazanego przez wykonawcę, w szczególności podania informacji dotyczących kosztu nabycia od Producenta usług Premier Support wraz z informacjami dotyczącymi elementów kosztotwórczych składających się na wycenę pozycji „Premier Suppor" w ofercie wykonawcy, w tym wskazania zysku wykonawcy. Zamawiający wezwał również do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztu wykonania 6 przeglądów AD i Exchange. Zgodnie z ofertą wykonawcy koszt nabycia usługi został wyceniony na kwotę 7 380,00 zł brutto, wskazując, ze zgodnie z informacjami wskazanymi w odwołaniu wycena dokonana przez wykonawcę znacząco odbiega od cen rynkowych obowiązujących na rynku usług informatycznych. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień obliczenia kosztu wskazanego przez wykonawcę, wraz z wszystkimi elementami mającymi wpływ na koszt podany w ofercie, w szczególności podania informacji dotyczących wyliczenia pracochłonności dla usługi wykonania 6 przeglądów AD i Exchange wraz z wartościami stawek osób realizujących przedmiot zamówienia, przyjętymi do wyliczenia kosztu podanego w ofercie wykonawcy oraz wskazaniem zysku wykonawcy.

Konsorcjum zaoferowało Zamawiającemu cenę za Premier Support w wysokości 412 500,00 zł brutto tj. cenę o 135 537,00 zł niższą niż koszt zakupu Premier Support od Microsoft Polska przez Odwołującego. Odwołujący podnosił, że cena ta nie pozwala Konsorcjum na sfinansowanie kosztów realizacji zamówienia w zakresie Premier Support ze środków, które Konsorcjum mogłoby otrzymać od Zamawiającego.

Konsorcjum złożyło wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty w piśmie z dnia 22.12.2021 r., zastrzegając znaczną część wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący nie kwestionował na rozprawie faktu, że członek Konsorcjum Przystępującego - firma Crayon Poland sp. z o.o. w ramach Crayon Group Holding ASA jest Partnerem Globalnym Microsoft (jednym z dziesięciu największych Partnerów LSP na świecie) oraz że Crayon z tytułu powyższego partnerstwa posiada szereg wymiernych korzyści, które są niedostępne dla pozostałych 64.000 partnerów Microsoft, w tym partnerów o statusie Licensing Solutions Provider. Program bonusowy dla Partnera Globalnego wynika

z polityki firmy Mocrosoft wobec partnerów globalnych odpowiednio do poziomu sprzedaży osiąganego przez danego wykonawcę. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach (część jawna) wskazał, że „Członek konsorcjum - Crayon Poland Sp. z o.o. (dalej jako „Crayon"), jest częścią globalnej firmy Crayon Group Holding ASA, z siedzibą w Oslo w Norwegii. Grupa Crayon jest jednym z 10 największych spośród ponad 64.000 partnerów firmy Microsoft na świecie, dostarczając produkty i usługi Microsoft w prawie 40 krajach Europy i

Świata. W 2020 roku, Crayon osiągnął przychody na poziomie prawie 20 miliardów koron norweskich (prawie 9 miliardów złotych). Od kilku lat grupa Crayon notuje stały wzrost obrotów na poziomie minimum 30%, w tym 44% w 2020 roku, przy jednoczesnym wzroście zysków ze sprzedaży produktów i usług na poziomie ponad 30% (w 2020 roku). Znacząca większość generowanych przychodów firmy dotyczy produktów i usług firmy Microsoft. Jako jeden z 10 najlepszych partnerów Mcirosoft, Crayon ma dostęp do specjalnych, globalnych programów partnerskich, przeznaczonych dla najlepszych na świecie partnerów, które są nieosiągalne dla innych lokalnych partnerów działających na rynku polskim. Szczegóły dotyczące obliczenia warunków cenowych zostały zamieszczone w niejawnej części odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień." Jednocześnie Przystępujący wyjaśnił, że „Lider konsorcjum - zespół Empire Business Machine Sp. z o.o., dedykowany do realizacji przedmiotowego Zamówienia, jest złożony z najlepszych na rynku ekspertów w zakresie technologii Microsoft. Ponad 20 letnie doświadczenie ekspertów oraz realizacja najtrudniejszych projektów związanych ze świadczeniem zaawansowanych usług inżynierskich, w tym wieloletnia współpraca z Microsoft w Polsce i zagranicą, pozwoliły wypracować Wykonawcy zestaw specjalistycznych procedur i narzędzi informatycznych związanych z realizacją usług. W okresie ostatnich 10 lat eksperci Wykonawcy wielokrotnie świadczyli usługi w roli ekspertów Microsoft, w ramach projektów realizowanych przez Microsoft i partnerów. Pozwoliło to m.in. na opracowanie i przygotowanie dedykowanej platformy narzędziowej, wykorzystywanej obecnie do prowadzenia przeglądów infrastruktury technicznej Klientów. Dzięki wykorzystaniu ekspetyzy i opracowanych narzędzi, Wykonawca realizuje tego typu usługi znacznie efektywniej pod względem zaangażowania czasowego specjalistów, umożliwiając realizację tego typu usług w nawet 2-3krotnie krótszym czasie. W efekcie, Wykonawca może oferować bardzo konkurencyjne warunki finansowe, a opracowane narzędzia pozwalają na zachowanie oczekiwanego poziomu wypracowanego zysku na realizacji usług. Szczegółowe informacje dotyczące obliczenia warunków cenowych dla przeglądów technicznych zostały zamieszczone w niejawnej części odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień."

Z przedłożonych przez Odwołującego pism Microsoft sp. z o.o. z dnia 25 listopada 2021 r. i 27 stycznia 2022 r. wynika, że przedstawicielstwo Microsoft w Polsce zaoferowało wykonawcom biorącym udział w postępowaniu usługę wsparcia Premier Support za określoną cenę i na jednolitych warunkach. Z treści powyższych pism nie wynika jednak, że powyższe oznacza, iż wykonawca, który posiada dodatkowe możliwości niedostępne innym wykonawcom - partnerom Microsoft o statusie Licensing Solutions Provider, wynikające z polityki Microsoft wobec jego Partnerów Globalnych, które nie mogą być w tym przypadku zastosowane przez danego wykonawcę. Z treści ww. pism wynika, że „Każdy z partnerów [...] posiada pełną swobodą w kształtowaniu polityki cenowej wobec swoich klientów". Kalkulując cenę ofertową w postępowaniu Przystępujący mógł zatem skorzystać z dodatkowych rabatów, które zostały mu udzielone w związku z posiadanym statusem Partnera Globalnego i zaoferować cenę niższą aniżeli wskazana w ofercie Microsoft sp. z o.o. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Przystępujący będzie w zakresie tego zamówienia „finansowany" przez podmiot, który nie dokonuje sprzedaży Premier Support. Wyjaśnienia Konsorcjum nie są też sprzeczne ze stanowiskiem Microsoft z dnia 25.11.2021 r. i 27.01.2022 r. Okoliczność, że Konsorcjum posiada korzystniejsze warunki zakupu produktów i usług Microsoft niż pozostali partnerzy Microsoft z uwagi na międzynarodowy zasięg prowadzonej działalności nie jest sprzeczne z oświadczeniem firmy Microsoft, które nie wyklucza możliwości stosowania przez wykonawców własnej polityki cenowej wobec klientów.

(Zarzut nr 3 odwołania)

Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę wykonania 6 przeglądów AD i Exchange, gdyż została ustalona poniżej kosztów świadczenia tych usług;

Odwołujący podnosił w sposób generalny, że za cenę zaoferowaną przez Konsorcjum nie jest możliwe spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego w zakresie wykonania przeglądów AD i Exchange opisanych w dokumentacji postępowania. Odwołujący nie wskazał konkretnych czynności, których odwołujący nie wycenił w swojej ofercie. Odwołujący oszacował na 32 godziny pracy pracochłonność wykonania jednego przeglądu Active Directory i Exchange tj. 4 roboczodni, co oznaczałoby przyjęcie kosztu w wysokości ok. 38,00 zł brutto za 1 roboczogodzinę, podczas gdy stawki godzinowe wynagrodzenia specjalistów IT z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, zgodnie z raportem płacowym IT Contracting 2021 r. wynoszą ok. 100,00 zł netto, tj. 123,00 zł brutto. Powyższa kalkulacja wykonana przez Odwołującego nie uwzględnia jednak możliwości obniżenia przez Konsorcjum kosztów osobowych z uwagi na automatyzację procesu związanego z wykonaniem przedmiotowych usług przy użyciu autorskiego narzędzia informatycznego

stosowanego przez Konsorcjum do prowadzenia przeglądów infrastruktury technicznej klientów.

Przystępujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wykazał m.in., że dysponuje platformą narzędziową wykorzystywaną do prowadzenia przeglądów infrastruktury technicznej klientów, która umożliwia zautomatyzowanie procesów w ramach przeglądów AD i Exchange. Wykonawca przedstawił sposób i zakres działania narzędzia informatycznego pozwalającego na obniżenie pracochłonności i kosztów wykonania jednego

przeglądu. Przystępujący wykazał również, że stawki wynagrodzenia pracowników do wykonywania tego zakresu zadania zostały przyjęte na poziomie rynkowym i zgodnym z przedstawionym przez Odwołującego raportem płacowym IT Contracting 2021 Hays Polska.

(tj. ok 123,00 zł brutto za 1 roboczogodzinę).

Zauważyć należy przy tym, że Zamawiający nie może żądać od wykonawcy składającego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny - konkretnych

referencji od podmiotów, na rzecz których przeprowadzono stosowne audyty z wykorzystaniem wskazanego narzędzia informatycznego lub też umowy na realizację takich audytów czy faktur z tytułu realizacji audytów z wykorzystaniem danego narzędzia informatycznego. Zamawiający jest zobowiązany do dokonania oceny wyjaśnień, natomiast to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania okoliczności, że wskazana w ofercie cena lub koszt nie jest rażąco niska. To wykonawca zatem jest uprawniony sam zdecydować jakiego rodzaju dowody przedkłada Zamawiającemu.

Dodatkowo podkreślić należy, że Odwołujący przyznał na rozprawie, że jest możliwe przeprowadzenie analizy logów przez narzędzie informatyczne. Jednak wg Odwołującego, posiadane przez Konsorcjum narzędzie informatyczne nie potrafi generować rekomendacji. Powyższe przekonanie Odwołującego nie zostało jednakże poparte obiektywnymi argumentami lub dowodami, wobec czego Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego są jedynie gołosłowne. Za taką konstatacją przemawia też fakt, że w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Konsorcjum przedstawiło zasady działania tego narzędzia, które zostały przez Zamawiającego zweryfikowane w ramach oceny wyjaśnień, co Zamawiający jednoznacznie potwierdził na rozprawie.

(Zarzut nr 4 odwołania)

Niezasadny jest zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na fakt, że oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż cena usług wsparcia Producenta Microsoft Premier Support została ustalona poniżej kosztów nabycia przedmiotowych usług, tj. jako cena dumpingowa, jak również celem uzyskania wyższej od pozostałych wykonawców punktacji przy ocenie

ofert.

Skalkulowanie ceny przez Przystępującego z uwzględnieniem dodatkowych rabatów, które są mu dostępne w związku z posiadanym statusem Partnera Globalnego i zaoferowanie ceny niższej aniżeli wskazana w ofercie Microsoft sp. z o.o. dla innych partnerów Microsoft nie narusza prawa lub dobrych obyczajów i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zasady premiowania partnerów handlowych w związku z osiąganym obrotem sprzedaży nie jest działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami. W szczególności nie ma podstaw, aby stwierdzić, że taki program stosowany w ramach współpracy z Microsoft jest nielegalny lub sprzeczny z dobrymi obyczajami. Powyższe przesłanki nie zostały wykazane przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Ponadto, nie jest to działanie, które można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 uznk. Jak wynika z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zgodnie z opinią Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240), „Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które

uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków

nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji." W świetle powyższego, wykonawca, który składa korzystniejszą ofertę, gdyż posiada lepsze warunki nabycia produktów Microsoft niż Odwołujący, nie dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji, odsprzedając usługę Microsofty za cenę uwzględniającą dostępny mu rabat.

Ponadto, należy uwzględnić okoliczność, którą Zamawiający potwierdził, że nawet w sytuacji gdyby Przystępujący zaoferował cenę usług wsparcia na poziomie ceny oferowanej przez Odwołującego to i tak w ramach pozostałych kryteriów uzyskałby najwyższą punktację wśród złożonych ofert, co zaprzecza twierdzeniom Odwołującego, iż cena w tym zakresie została zaniżona wyłącznie w celu uzyskania wyższej punktacji, a zaniżenie ceny oferty doprowadziło do zawyżenia punktacji oferty Konsorcjum kosztem obniżenia punktacji pozostałych uczestników postępowania.

W świetle zebranego materiału dowodowego, oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

(Zarzuty nr 5 i 6 odwołania)

Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, z powodu nieprawidłowego oszacowania przez Konsorcjum kosztów realizacji usługi 6 przeglądów AD i Exchange oraz z powodu błędnego przekonania Konsorcjum o możliwości naliczenia dodatkowego opustu od ceny usług wsparcia Producenta Microsoft

Premier Support (300 h), naliczonego w oparciu o globalny program benefitowy.

Zgodnie z brzmieniem art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Błąd w obliczeniu ceny może wynikać z faktu, że cena lub koszt zostały obliczone niezgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania lub też niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym np. z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług (VAT).

W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z pkt 10 ppkt 11 lit. d SWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca podał w formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ koszt nabycia poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia wraz z pozostałymi warunkami realizacji zamówienia.

Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający zawarł w pkt 14 SWZ. Zamawiający postanowił, co następuje:

„1) Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w formularzu ofertowym dla zamówienia obligatoryjnego i zamówienia opcjonalnego.

2) Opusty Wykonawca określi w %

3) Koszt nabycia oraz opust od ceny producenta oznacza, że koszt nabycia przez Zamawiającego poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia określony w Formularzu Ofertowym zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

4) Koszt jednostkowy zostanie obliczony poprzez dodanie do kwoty netto stawki VAT w obowiązującej wysokości, tj. 23%. Wykonawca zobowiązany jest zastosować stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami z ustawą z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. W związku z powyższym wszystkie pozycje kosztowe podane w formularzu cenowym uwzględniają stawkę VAT w obowiązującej wysokości.

5) Koszt nabycia oraz opusty należy obliczyć, uwzględniając całość wynagrodzenia Wykonawcy za prawidłowe wykonanie umowy. Wykonawca jest zobowiązany skalkulować koszt nabycia oraz pozostałe warunki realizacji zamówienia na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, treści SWZ oraz projektowanych postanowień umowy.

6) Koszt nabycia dla poszczególnych pozycji określonych w Formularzu ofertowym zawiera

ewentualne opusty i rabaty. Wykonawca skalkuluje ponadto wszystkie potencjalne rodzaje

ryzyka ekonomicznego, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu zamówienia, a wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

7) W formularzu oferty poda koszty nabycia, które uwzględnia całkowity koszt realizacji zamówienia w okresie obowiązywania umowy, obliczoną zgodnie z dyspozycjami pkt. 14.1.-14.6 SWZ.

8) Zgodnie z art. 225 PZP, jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, do celów zastosowania kryterium ceny lub kosztu zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć. W takiej sytuacji wykonawca ma obowiązek:

a) poinformowania zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;

b) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego;

c) wskazania wartości towaru lub usługi objętych obowiązkiem podatkowym zamawiającego,

bez kwoty podatku;

d) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą wykonawcy będzie miała zastosowanie.

[■■■]

11) Łączny koszt nabycia, jak również poszczególne kwoty jednostkowe obejmują także

wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty. Wykonawca skalkuluje ponadto wszystkie potencjalne rodzaje ryzyka ekonomicznego, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, a wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy. W przypadku, gdy w toku badania oferty Zamawiający stwierdzi różnicę pomiędzy kosztem nabycia zaoferowanym przez Wykonawcę a maksymalnym kosztem ofertowanym wskazanym w formularzu ofertowym, a wynikiem działań matematycznych sumowania lub mnożenia poszczególnych składowych łącznej maksymalnego kosztu nabycia, Zamawiający przyjmie za prawidłowe kwoty jednostkowe i dokona stosownego przeliczenia maksymalnego kosztu nabycia."

Przystępujący złożył w ofercie formularz ofertowy wypełniony stosownie do wymagań Zamawiającego we wszystkich opisanych pozycjach.

W ramach powyższego zarzutu Odwołujący nie wskazał postanowienia SWZ dotyczącego sposobu obliczenia ceny, które nie zostało zastosowane przez Konsorcjum przy obliczeniu ceny(kosztów) w ofercie. Odwołujący podnosił jedynie, że „Niska cena oferty w zakresie kryterium Koszt wykonania 6 przeglądów AD i Exchange „Kp" może świadczyć także o niedoszacowaniu przez Konsorcjum prac, które wykonawcy zobowiązani będą wykonać na rzecz Zamawiającego w ramach usług związanych z wykonaniem przeglądów ActiveDirectory i Exchange." Odwołujący sformułował zatem ten zarzut w formie jedynie hipotetycznej, nie wykazując jednocześnie na poparcie tego zarzutu żadnej okoliczności, która potwierdzałaby, że Przystępujący w wycenie tej usługi w ofercie nie uwzględnił jakichś konkretnych czynności, które winny być wykonane w ramach danej usługi. Odwołujący przywołał co prawda szczegółowy zakres czynności wymaganych w OPZ w ramach

powyższej usługi, natomiast nie wskazał jakie konkretne czynności nie zostały przez Konsorcjum uwzględnione w wycenie tej usługi przedstawionej w ofercie i takich okoliczności nie wykazał. Podobnie w odniesieniu do wyceny przez Konsorcjum kosztów nabycia usługi wsparcia Producenta Microsoft Premier Support Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, że Konsorcjum nie posiada możliwości uzyskania dodatkowych rabatów i upustów na te usługi w oparciu o globalny program benefitowy lub że wysokość uwzględnionego upustu jest nieprawidłowa.

Przystępujący wykazał w wyjaśnieniach z dnia 22 grudnia 2021 r., że koszty wykonania 6 przeglądów AD I Exchange zostały skalkulowane w jego ofercie z uwzględnieniem wszelkich wymagań Zamawiającego określonych w dokumentacji postępowania, w tym w szczególności OPZ. Również w zakresie kosztów nabycia systemów Microsoft Przystępujący skalkulował cenę z uwzględnieniem oferty Microsoft sp. z o.o. oraz

dostępnych mu realnych rabatów w ramach globalnego programu partnerskiego na usługi wsparcia Producenta Microsoft Premier Support. Korzystanie przez wykonawcę z możliwości zastosowania upustu dostępnego mu w ramach specjalnego programu partnerskiego, nie

jest sprzeczne ze stanowiskiem Microsoft sp. z o.o. wyrażonym w pismach z dnia 25 listopada 2021 r. oraz 28 stycznia 2022 r. Pisma te nie dowodzą w szczególności faktu, że oferta Konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny wynikający z uwzględnienia rabatu, którym dysponuje wykonawca.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie ma podstaw do stwierdzenia w ofercie Konsorcjum

błędów w obliczeniu ceny oferty lub kosztu, przez niedoszacowanie kosztów, które wykonawca poniesie w związku ze świadczeniem usług. Tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w

sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

.

Przewodniczący:

Członkowie: