Sygn. akt: KIO 2906/22

Wyrok

z dnia 16 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Rafał Komoń

Po rozparzeniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2022 r. przez wykonawcę Infomex Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy eTop sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Infomex Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

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

Sygn. akt: KIO 2906/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN w Warszawie prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. Hosting środowiska do publikacji stron www na okres 24 miesięcy dla Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP z dnia 12 sierpnia 2022 r. nr 2022/BZP 00305024/01. Dokumentacja postępowania jest dostępna pod adresem: miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/4cf78600-5216-4a95-8c1a-99bb2286404b

Odwołujący: Infomex Sp. z o.o. w Żywcu wniósł dnia 2 listopada 2022 r. odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

a) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („ustawa ZNK") w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z naruszeniem § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. 2020 poz. 2452) przez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę eTop sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć Wykonawca ten nie dochował podstawowych obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe informacje faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym jest jawna i powinna zostać uznana przez Zamawiającego jako podlegająca udostępnieniu;

ewentualnie zarzut naruszenia:

b) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez eTop sp. z o.o. pomimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie zaoferowanej ceny za udostępnienie dodatkowego rdzenia vCore 2 GHz, która stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi;

c) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty eTop Sp. z o.o. pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

d) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę eTop Sp. z o.o., pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp, oraz nie wykazał w wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

e) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty eTop Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

4. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem uznania treści informacji zastrzeżonych przez wykonawcę eTop Sp. z o.o., jako informacji jawnych, podlegających udostępnieniu, a w konsekwencji udostępnienie Odwołującemu treści wyjaśnień wyliczenia ceny oraz dowodów złożonych przez wykonawcę eTop Sp. z o.o. w zakresie uznanym przez zamawiającego jako skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa,

b) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,

c) ewentualnie nakazania odrzucenia oferty złożonej przez eTop Sp. z o.o.,

Oferta Odwołującego jest sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zarzuty prowadzą do unieważnienia wyboru, a w dalszej kolejności wyboru oferty Odwołującego. Gdyby Zamawiający należycie ocenił ofertę wykonawcy eTop Sp. z o.o. nie uznałby, iż wskazane przez eTop Sp. z o.o. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa faktycznie dowodzi, że informacje zastrzeżone mają taki walor.

Oferta Odwołującego ma realne szanse na wybór jako oferta najkorzystniejsza. Oferta wykonawcy eTop Sp. z o.o. wynosi 164 724,96 zł i zdecydowanie odbiega od szacunku

Zamawiającego wynoszącego 385 399,83 zł brutto. Zakładając, że oferta eTop Sp. z o.o.

zawiera cenę rażąco niską - oferta Odwołującego może zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Zarzuty ewentualne zmierzają także do bezpośredniego odrzucenia oferty eTop Sp. z o.o. oraz wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący 31.10.2022 r., złożył Zamawiającemu wniosek o przesłanie protokołu i pełnej korespondencji prowadzonej w postępowaniu między Zamawiającym a wykonawcą eTop.

Zamawiający udostępnił dokumentację postępowania ostatniego dnia na wniesienie odwołania tj. 2 listopada 2022 r. godz. 12:50. Działania Zamawiającego ograniczyły możliwość przygotowania kompleksowego odwołania.

I Odnośnie zarzutu 3a) wskazać należy, co następuje.

Złożone na żądanie zamawiającego wyjaśnienia przystępującego wraz z dowodami nie zostały udostępnione Odwołującemu, bowiem zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z dokumentacji otrzymanej wynika, iż wykonawca eTop złożył jeden plik (5 stron) łączący w sobie jawne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy oraz wyjaśnienia stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający udostępnił jedynie dwie pierwsze strony - stanowiące niepodpisany przez wykonawcę skan wydruku. Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia - w przypadku gdy dokumenty elektroniczne w postępowaniu przekazywane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów znku, wykonawca, w celu utrzymania w poufności tych informacji, przekazuje je w wydzielonym i odpowiednio oznaczonym pliku. Analogiczne wymagania wynikają z Rozdz. XIV pkt. 5 SWZ.(tu cyt).

Wykonawca nie dochował wskazanych wyżej wymogów, bowiem przekazał w postępowaniu jeden dokument elektroniczny zawierający cześć jawną (uzasadnienie zastrzeżenia informacji) oraz cześć zastrzeżoną (wyjaśnienia z dowodami). Zamawiający przekazany przez wybranego wykonawcę dokument elektroniczny wydrukował, a następnie zeskanował część dokumentu która została przekazana Odwołującemu. Tego typu działania wybranego wykonawcy oraz Zamawiającego są niezgodne z przepisami Rozporządzenia oraz SWZ. Przystępujący nie podjął zatem niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Już z tego względu wyjaśnienia powinny podlegać odtajnieniu. W celu wykazania, że wyjaśnienia ceny wraz z dowodami stanowią tajemnicę wykonawca ten przedstawił uzasadnienie /tu zacytowano dwie strony udostępnionego dokumentu - przez wklejenie skanu/.

Spór w zakresie niniejszego zarzutu dotyczy legalności uznania przez Zamawiającego, że wyjaśnienia ceny wraz z dowodami przesłane przez wybranego wykonawcę do Zamawiającego w ramach wyjaśnień ceny rażąco niskiej zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym nie podlegają ujawnieniu.

Odwołujący wskazuje, iż wskazane dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione uzasadnienie zasadności zastrzeżenia jest lakoniczne, zdawkowe, nie odnosi się do wszystkich ustawowych przesłanek i nie zostało poparte dowodami. Uzasadnienie stanowi tylko ogólną deklarację, szablon, który może zostać wykorzystany w dowolnym postępowaniu. Uzasadnienie nie precyzuje, jakie konkretne informacje stanowią tajemnicę, odnosi się ogólnie do dokumentów jako całości. Samo wskazanie, że cały dany dokument lub informacja są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające dla uznania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK i zostały skutecznie zastrzeżone. Punkty dotyczące braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz czynności podjętych w celu zachowania poufności stanowią jedynie bardzo ogólne twierdzenia. Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania (art. 18 ust. 1), więc ograniczenie dostępu może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą.

Ciężar wykazania tajemnicy spoczywa na wykonawcy. Wykonawca nie złożył dowodów potwierdzających jakiekolwiek działania, sformułował w uzasadnieniu zastrzeżenia szereg twierdzeń, które nie przeszły próby. W pierwszym i drugim akapicie uzasadnienia przytoczono jedynie definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Analogicznie akapit trzeci przytacza jedynie orzeczenie WSA w Poznaniu oraz akapit piąty cytujący z orzeczeniem WSA w Warszawie. Akapit szósty wyjaśnia jednie cel instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa. Jedynie akapit czwarty niesie jakąkolwiek szczątkową wartość merytoryczną, bowiem wskazuje, że wyjaśnienia zawierają konfigurację sprzętową wykorzystywaną przez eTop Sp. z o.o. Należy zauważyć, iż zastrzeżono całe wyjaśnienia wraz z dowodami, a nie jedynie opis konfiguracji. Konfiguracja ta wynika z wymagań Zamawiającego. Gdyby treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny była faktycznie na tyle newralgiczna, że konieczna byłaby jej ochrona, wykonawca złożyłby takie dokumenty jak: umowy z pracownikami, zobowiązania do zachowania poufności, umowy handlowe zawierające klauzule o poufności. Z uwagi na brak ww. dokumentów należy stwierdzić, że wykonawca nie udźwignął ciężaru wykazania, jednej z przesłanej tajemnicy a więc, że podjął stosowne działania. Niedopuszczalna jest praktyka zastrzegania całego pliku dokumentów, co uczynił wykonawca. Wyjaśnienia zawierają ogólnikowe twierdzenia, przywołują przesłanki określone art. 11 ust. 2 ustawy oraz rozważania o liberalizacji podejścia do szkody. Nie jest wystarczające wskazanie na „siłę przedsiębiorstwa". Również pozostałe twierdzenia o utracie wiarygodności nie przekładają się na możliwość poniesienia szkody. Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Próba

wykazania, że wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowią autorskie opracowanie, które mogłoby być kopiowane jest chybiona, z uwagi na to, że wyjaśnienia są sporządzane doraźnie, na potrzeby konkretnej oferty, uwzględniającej konkretny opis przedmiotu zamówienia.

Analizując czynność Zamawiającego uznania zastrzeżenia jako uzasadnionego, stwierdzić należy, że czynność ta stoi w sprzeczności z zasadą jawności i ustawowymi wyjątkami od niej - art. 18 Pzp. Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK.

W orzecznictwie formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny - informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą, oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Oba elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał błędnej oceny stanowiska w zakresie zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy nieodtajnionych przez Zamawiającego.

Wybrany wykonawca formułując tak ogólnikowe i niezwykle lakoniczne twierdzenia, nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, nie odnosi się do poszczególnych informacji/dokumentów/dowodów zawartych w wyjaśnieniach. Zastrzeżone informacje nie identyfikują żadnych metod działania, które mogłyby być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. Dane zastrzeżone są szacunkami dotyczącymi konkretnych pozycji, w tym konkretnym postępowaniu, przy uwzględnieniu konkretnych wymagań Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że elementem postępowania i zasady jawności jest właśnie prawo innych wykonawców do weryfikacji szacunków przyjętych przez konkurentów. Informacje zastrzeżone nie zawierają żadnej strategii realizacji zamówienia, gdyż dotyczą one realizacji konkretnego zamówienia, w którym brak jest elementów podlegających swobodnej ocenie wykonawców. Pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny, co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, w rozbiciu na bardziej szczegółowe koszty, to nie można mówić, że jest cena ta stanowi tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Wykonawca zastrzegł swoją kalkulację cenową, która przedstawia nic innego, jak tylko właśnie kalkulację zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem elementów wynikających z SWZ, znanych wszystkim wykonawcom.

Wybrany wykonawca nie wykazał, iż sporządzona przez niego kalkulacja posiada faktyczną, obiektywną wartość gospodarczą. Jeżeli w ramach wyjaśnień wykonawca załączył do wyjaśnień faktury czy rachunki (uzasadnienie nie odnosi się do poszczególnych dowodów), to Odwołujący podnosi, że takie dokumenty księgowe również muszą być w stosowny sposób uzasadnione, a wykonawca nie wykazał jaką mają one obiektywną wartość gospodarczą.

W odniesieniu do wykazywanych ewentualnych kosztów, wskazać należy, że koszty ogólne stanowią stały element działalności gospodarczej. Jednakże, przyjęte koszty mają charakter standardowy, a zatem nie korzystają z możliwości objęcia ich wyjątkiem od zasady jawności. Również przyjęte stawki wynagrodzenia odzwierciedlają stawki rynkowe, które co do zasady nie stanowią elementu poufnego. Informacje wskazane przez wybranego wykonawcę wychodzą poza zakres danych, które potencjalnie mogą stanowić informacje poufne. (KIO 1878/19 - Izba uznała, że „Trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ceny oferowane w

postępowaniu - chociażby cenę dotyczącą roboczogodziny i jej poszczególnych składowych. Cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy. Zastrzeżenie w niniejszym postępowaniu (dotyczące rażąco niskiej ceny) zostało dokonane dla całości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Nawet gdyby uznać, że istnieją jakiekolwiek fragmenty wyjaśnień, które mogłyby zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to Przystępujący miał możliwość anonimizacji części tych wyjaśnień”.

Odwołujący wskazuje, że ogólność twierdzeń wykonawcy eTop nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca wykazał spełnienie warunków z art. 11 ust. 2 UZNK. Wykonawca nie przedstawił listy osób, którym zastrzeżone informacje zostały udostępnione, nie przedstawił dla tych właśnie osób odpowiednich zobowiązań do zachowania informacji w poufności. Nie złożył nawet blankietowej umowy o zachowanie poufności. Sam fakt zadeklarowania poszczególnych działań nie czyni danych informacji poufnymi faktycznie strzeżonych, gdyż deklaracje mogą nie mieć żadnego odzwierciedlenia w rzeczywistości. Niemożność weryfikacji oświadczeń złożonych przez wybranego wykonawcę czyni te oświadczenia niewiarygodnymi.

Nawet jeśli przyjąć, że konkretny wycinek ze złożonych dokumentów stanowi tajemnicę

przedsiębiorstwa, oraz nawet jeżeliby przyjąć za prawdziwe stanowisko, że żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, to okoliczności te same w sobie nie uzasadniałyby uznania całego dokumentu wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Prawidłowość interpretacji potwierdza stanowisko KIO, wyrażone w wyroku KIO 532/19. W sprawie, w której zapadł cytowany wyrok zostały przedstawione wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w niniejszym postępowaniu wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów aż do dnia składania niniejszego odwołania.

Na zakończenie, Odwołujący zacytował obszerny fragment z aktualnego orzeczenia Izby, gdzie przeanalizowano same informacje zastrzegane jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również sposób wykazywania, iż są one efektywnie chronione. W sprawie tej, wykonawca (przystępujący) przedstawił o wiele bardziej rozbudowane wyjaśnienia i poparł je dowodami podejmowania faktycznych czynności chroniących te informacje przed dostępem osób nieupoważnionych, a mimo to Izba uznała, że w tym konkretnym przypadku informacje nie podlegają ochronie w trybie art. 18 ust. 3 Pzp, oraz że sam wykonawca nie dochował należytej staranności w ich ochranianiu, tudzież nie wykazał tej należytej staranności w sposób, który mógłby zostać uznany przez zamawiającego za skuteczny. Dlatego też, dogłębna analiza i szczegółowe uzasadnienie cytowanego wyroku z 05.10.2021r., sygn. KIO 2427/21, w wysokim stopniu wpisuje się w podstawy faktyczno-prawne niniejszego sporu, co skłania Odwołującego do przyjęcia wywodu, jako uzasadnienie własne: /.../.

Bez umożliwienia konkurentom wykonawcom weryfikacji rzetelności wyjaśnień i możliwości poznania zdania innych przedsiębiorców, których ceny, bardzo zbieżne, w drastyczny sposób odbiegają od kalkulacji eTop - Zamawiający dokonał wyboru oferty z ceną,

podlegającą wyjaśnieniom, z uwagi ustawowe na obarczenie jej domniemaniem ceny rażąco niskiej. Lapidarność i brak dowodów złożonych w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że wyjaśnienia czynników cenotwórczych są lapidarne, gołosłowne i nie obalają domniemania ceny rażąco niskiej. Zamawiający bezpodstawnie utrzymał w poufności informacje, które z zasady nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i co do których wybrany wykonawca nie podjął działań wskazanych w UZNK, a zatem są tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym uniemożliwił wykazywanie, że zaoferowana cena przez wybranego wykonawcę jest ceną rażąco niską.

II Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez eTop sp. z o.o. pomimo, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie zaoferowanej ceny za udostępnienie dodatkowego rdzenia vCore 2 GHz, która stanowi samodzielną podstawę do rozliczenia za faktycznie zrealizowane usługi, wskazał, co następuje.

Zamawiający zastrzegł prawo skorzystanie z opcji polegającej na udostępnieniu m.in. dodatkowych rdzeni vCore 2 GHz. Opcja dopuszcza zwiększenie ilości rdzeni o maksymalnie 12 dodatkowych sztuk. Każdy zobowiązany był do określenia w formularzu ofertowym ceny jednostkowej za każdy element opcjonalny, w tym za udostępnienie jednego dodatkowego rdzeni vCore 2 GHz. Cena ta ma zatem charakter samodzielnej podstawy rozliczenia, bowiem ilość realnie wykorzystanych rdzeni określana będzie w toku realizacji umowy, w zależności od potrzeb Zamawiającego. W § 3 ust. 2 lit. a) Projektu umowy wskazano sposób rozliczenia oparty o stawkę za jeden udostępniony dodatkowo rdzeń. W Rozdz. XV pkt 4 SWZ wskazano: „Cena ofertowa brutto za realizację przedmiotu zamówienia wraz z zamówieniem objętym prawem opcji będzie służyła do porównania ofert, zaś ceny jednostkowe wskazane przez Wykonawcę w ofercie do rozliczeń". Zgodnie z orzecznictwem Izby w przypadku, „gdy ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac lub dostaw (...) ceny jednostkowe mogą i powinny podlegać refleksji z perspektywy ich poprawnej kalkulacji, zarówno przez pryzmat ceny rażąco niskiej, jak i w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji".

Wskazano na obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego. Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż cena jednostkowa za udostępnienie rdzenia jako samodzielna podstawa rozliczenia jest istotnym elementem składowym.

Wykonawca eTop przedstawił następujące ceny jednostkowe:

Cena netto
125 PLN za 1 godzinę 0,34 PIN

za 1 rdzeń	za 1 rdzeń
10 PLN za 1 GB / m-c	12,30 PLN za 1 GB / m-c
0.20 PLN za 1 GB/ m-c	0,25 PLN za 1 GB / m-c
0,12 PLN za 1GB/m-c	0,15 PLN za 1 GB/A-c

Dla porównania ceny jednostkowe zaoferowane innych wykonawców:

Lp.	Usługa	Cena netto	Cena brutto
1	1 godzina świadczenia usług administrowania środowiskiem hostingowym i obsługi technicznej	220,00zł za 1 godzinę	270,60zł za 1 godzinę
2	Rdzeń vCore 2GHz	54,75 zł	67,34 zł
		za 1 rdzeń	za 1 rdzeń
3	Pamięć RAM	5,84 zł za 1 GB	7,18 zł za 1GB
A	Przestrzeń dyskowa	0,31 zł za 1 GB	0,38 zł za 1GB
5	Przestrzeń dyskowa backup&recovery	0,03 zł za 1 GB	0,369 zł za 1GB

(Formularz wykonawcy Polcom)

Lp.	Usługa	Cena netto	Cena brutto
1	1 godzina świadczenia usług administrowania środowiskiem hostingowym i obsługi technicznej	100,00 PLN za 1 godzinę	123,00 PLN za 1 godzinę
2	Rdzeń vCore 2GHz	23,00 PLN	28,29 PLN
		za 1 rdzeń	za 1 rdzeń
3	Pamięć RAM	16,00 PLN za 1 GB	19,68 PLN za 1GB
4	Przestrzeń dyskowa	0,20 PLN za 1 GB	0,25 PLN za 1GB
5	Przestrzeń dyskowa backup&recovery	0,06 PLN za 1 GB	0,07 PLN za 1GB

(Formularz Odwołującego)

W przypadku cen jednostkowych za inne elementy różnice cenowe są relatywnie zbliżone, o tyle w przypadku ceny za udostępnienie jednego rdzenia różnica jest kilkunastokrotna tzn. 0,42 zł w przypadku wybranego wykonawcy w stosunku do 67,34 zł u wykonawcy Polcom oraz 28,29 zł u Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, iż cena za udostępnienie dodatkowego rdzenia jest rażąco niska,

nierealistyczna i nieadekwatna do sytuacji rynkowej. Nie jest możliwe zapewnienie usługi w tej cenie, przy realizacji wszystkich wymagań Zamawiającego. Cena ofertowa powinna być odzwierciedleniem przyjętego przez wykonawcę kosztu udostępnienia w ramach

infrastruktury fizycznej mocy obliczeniowej (vCORE) dla maszyn wirtualnych z

uwzględnieniem kosztu kolokacji w Data Center Wykonawcy (w tym niezbędnej infrastruktury sieciowej oraz obsługi technicznej) oraz zużycia energii elektrycznej. W oferowanej cenie jednostkowej należało uwzględnić koszty pozyskania infrastruktury (fizycznej), przeprowadzenia procesu kolokacji, koszty niezbędnej infrastruktury sieciowej, koszty pracy obsługi technicznej, a w szczególności koszty zużycia energii elektrycznej. Niemniej istotnym jest także fakt, iż Zamawiający jest uprawniony do wykorzystywania opcji w okresie 24 miesięcy od dnia podpisania umowy. Kalkulacja powinna uwzględniać rezerwę na wzrost kosztów w okresie realizacji umowy. Przy obecnej sytuacji gospodarczej, szalejącej inflacji, rosnących stopach procentowych, rezerwa na wzrost kosztów jest elementem obligatoryjnym.

Odwołujący wskazuje, że nie jest obiektywnie możliwe zapewnienie powyższych elementów w cenie 0,42 zł brutto. Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień udzielonych przez eTop, jednak wnosi o weryfikację kompletności wyjaśnień, ujęcia wszystkich wskazanych wyżej elementów, a także udowodnienia poszczególnych kosztów.

Cena jednostkowa za udostępnienie rdzenia vCore 2 GHz podlega indywidualnej ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny. Uznanie, iż oferowana stawka jest nierealistyczna i nieadekwatna do stawek rynkowych, w szczególności z uwagi na poziom i ilość koniecznych kosztów musi skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący rozumie, iż każdy wykonawca w toku wieloletniej działalności może uzyskać ceny lepsze od średnich cen rynkowych, jednak nie jest możliwe uzyskanie stawek na poziomie ułamka minimalnych cen rynkowych.

Z przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa wynika, że obalenie przez wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, powstałego wskutek wezwania przez Zamawiającego, musi nastąpić poprzez złożenie wyjaśnień i poparcie ich dowodami.

III Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez eTop Sp. z o.o. pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, wskazać należy, co następuje. Postanowienia SWZ nie gwarantują wykorzystania przez Zamawiającego dostępnej ilości rdzeni. Ilość wykorzystanych rdzeni jest uzależniona od woli i faktycznych potrzeb Zamawiającego. Odwołujący wykazał, iż cena w wysokości 0,42 zł brutto za udostępnienie jednego rdzenia jest nierealistyczna. Realizacja usługi za wskazaną kwotę możliwa jest wyłącznie w sytuacji przeniesienia części faktycznych kosztów do gwarantowanej części zamówienia objętej wynagrodzeniem ryczałtowym. Tego typu działanie zapewniło eTop możliwość uzyskania większego pewnego wynagrodzenia, bez ujemnego wpływu na punktację w ramach kryterium oceny ofert. W przypadku niewykorzystania całej puli z 12 dodatkowych rdzeni, Zamawiający poniesie koszty niewynikające z faktycznie wykonanego świadczenia Wykonawcy, bowiem część kosztów świadczenia usług została ukryta w części gwarantowanej zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem opisane działanie eTop nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co musi skutkować odrzuceniem oferty. Jednocześnie działanie takie nie musi wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Dla uznania działania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, by było ono sprzeczne z prawem lub obyczajami. Powyższe potwierdza szereg wyroków, w których praktyki manipulowania cenami w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji lub gwarantowanego zysku, podlegały sankcji odrzucenia oferty.

Złożona przez eTop oferta ukierunkowana jest na osiągnięcie korzyści w postaci pozyskania zamówienia z pominięciem podstawowych reguł uczciwej konkurencji czy uczciwości kupieckiej. SO w Krakowie, w wyroku z 8 lipca 2014 r., II Ca 141/14, cyt. " (...) wskazał na interpretację pojęcia "dobre obyczaje", o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k,

IV Odnośnie zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę eTop Sp. z o.o., pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp, oraz nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wskazać należy, co następuje. Z dokumentów udostępnionych wynika, że wykonawca eTop przedłożył trzystronicowe wyjaśnienia ceny oraz nie załączył dowodów. W przypadku tak skomplikowanej i złożonej usługi jak hosting nie jest możliwe obalenie domniemania rażąco niskiej ceny lakonicznymi i szczątkowymi wyjaśnieniami, w szczególności bez popierania ich odpowiednimi dowodami. Wykonawca, składając żądane wyjaśnienia, obowiązany jest obalić domniemanie, a jeżeli

tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu.

Nawet jeżeli do wyjaśnień ceny został załączony dokumenty prezentujący w formie tabeli „rozbicie ceny ofertowej", to jest on niewystarczający, niekompletny i w żaden sposób nie dowodzi realności zaoferowanej ceny ani nie obala domniemania zaoferowania przez wykonawcę eTop rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że każdy wykonawca ma obowiązek złożyć profesjonalne i kompletne wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oraz załączyć dowody dotyczące wyliczenia ceny w terminie wskazanym w wezwaniu. Cena oferty eTop w ocenie Odwołującego jest nierealna, odbiega od rzeczywistej wartości realizacji zamówienia i wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej jego kosztów, nieprawidłowej kalkulacji ceny oferty lub niedopuszczalnego na gruncie przepisów Pzp zaniżania lub przerzucania kosztów realizacji zamówienia w zakresie poszczególnych jego etapów lub elementów.

V . Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności - dokonania

ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1

ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty eTop, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejsza, co stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze zarzuty i żądania oraz argumentację przedstawioną w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wskazuje, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

eTop sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego i oświadczył, że zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób prawidłowy, chroniąc tym samym dane spółki, które to dane są kluczowe z punktu widzenia działalności spółki i jej konkurencyjności. Główny zarzut odwołania sprowadza się do dywagacji na temat ilości złożonych stron wyjaśnień ceny oraz sposobu utajnienia zastrzeżonych informacji, nie odnosząc się do istoty zastrzeżonych danych. Ochrona tych danych sama w sobie jest w interesie Wykonawcy, a zatem słuszne jest przystąpienie do odwołania.

Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do odtajnienia danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, a nadto mogłoby w sposób nieuzasadniony doprowadzić

do odrzucenia oferty Wykonawcy, który w sposób rzetelny wyjaśnił zaoferowaną w postepowaniu cenę, jego oferta jest prawidłowa i jako taka odrzuceniu nie podlega. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego. Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

1. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonał wszystkich czynności niezbędnych dla prawidłowego rozstrzygnięcia zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz z należytą starannością.

2. Zarzuty stawiane w odwołaniu są w ocenie Zamawiającego jedynie ogólną próbą polemiki z decyzją Zamawiającego, a Odwołujący stawia zarzuty jedynie na podstawie wniosków, jakie wyciągnął nie z treści dokumentów postępowania, w tym wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez eTOP, ale z własnego przekonania o ich nieprawidłowości. Odwołujący nie popiera swoich twierdzeń dowodami, przytaczając jedynie ogólne definicje poszczególnych przepisów i oczekiwania w zakresie postępowania zgodnie z interesem Odwołującego, nie zaś zgodnie z przepisami.

Zarzuty sprowadzają się do dwóch wniosków, które wyciąga Odwołujący, tj., że Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż wyjaśnienia zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz że Przystępujący nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie zgadza się z żadną z tez, jako że nie znajduje dla nich podstaw faktycznych i prawnych. W odniesieniu do zarzutów w związku z brakiem wyjaśnienia ceny, wskazał, iż stawiane są one

bez znajomości treści wyjaśnień, jedynie na podstawie wskazanej liczby stron tychże wyjaśnień. Odwołujący wprowadza tym samym w błąd wskazując, iż wyjaśnienie wykonawcy to jedynie 5 stron bez dowodów. Tymczasem wyjaśnienie liczy 10 stron i zawiera dowody. Kluczowa jest jednak treść wyjaśnień, nie zaś ich objętość.

Przystępujący zastrzegł w treści wyjaśnień, iż zastrzeżone w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny informacje stanowią informacje techniczne i technologiczne przedsiębiorstwa, a nadto stanowią o sposobie organizacji Wykonawcy.

Wskazane przez Przystępującego mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jako że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą, przy czym informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Informacje techniczne mogą dotyczyć cech lub parametrów technicznych określonego produktu. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnymi.

Z treści wyjaśnień wynika, że dotyczą doboru sprzętu, w tym komponentów serwerowych, parametrów oraz konfiguracji sprzętu, przy pomocy którego realizowane będzie zamówienie. Ponadto Przystępujący wskazał, iż maszyny (node'y) są wytwarzane przez wewnętrzny dział techniczny i przez ten dział serwisowane. Nawet jeżeli pojedyncze informacje, w tym dotyczące poszczególnych czynników cenotwórczych, mogą być znane osobom trzecim, to w konkretnym zestawieniu mogą one stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa. Zestawienie informacji, które przekazał Przystępujący stanowią taki właśnie zbiór danych i informacji. Także Odwołujący zastrzegł w swoich wyjaśnieniach ceny w znacznej części te same elementy, co Przystępujący. Mogą być zastrzegane inne informacje, pod warunkiem że obiektywnie posiadają wartość gospodarczą, np. dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, strategię współpracy oraz sposób współpracowania. Tego rodzaju informacje znalazły się w wyjaśnieniach.

W toku postępowania Przystępujący wykazał, iż informacje, które przekazuje ramach wyjaśnień stanowią o jego przewadze konkurencyjnej, umożliwiają mu zbudowanie korzystnej oferty, co w konsekwencji przekłada się na jego sytuację ekonomiczną. Spełniona została także ta przesłanka uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przepisy ustawy nie określają ani katalogu ani rodzajów środków, za pomocą których wykonawca ma chronić informacje, które mają być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie można także wywieść tezy, że zastosowanie jednego narzędzia powoduje uznanie, że skutecznie zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa, a zastosowanie innego nie. Nie można także badać skuteczności zastrzeżenia liczba stron wyjaśnienia złożonego w tym zakresie, do tego natomiast sprowadza się treść odwołania.

Przystępujący należycie oznaczył i wydzielił treść wyjaśnień, które mają być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ujawnił wolę zastrzeżenia konkretnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dołączył uzasadnienie zastrzeżenia oraz podniósł, że ich ujawnienie naraża go na szkodę, co oznacza, że Wykonawca ten wprost wyraził wolę zachowania ich w tajemnicy. Do wyjaśnień załączył dowody na poparcie swoich twierdzeń. W treści zawarł także informacje uwiarygadniające złożoną ofertę oraz jej zgodność z warunkami zamówienia. W treści uzasadnienia wyjaśnił zależność pomiędzy sposobem zbudowania swojej oferty w części technologicznej i technicznej a ceną oferty. Wykonawca wskazując na poszczególne elementy składające się na jego know-how w zakresie zbudowania infrastruktury serwerowej, wykazał, że wiedza ta pozwala mu na osiągnięcie przewagi rynkowej nad konkurentami. W ocenie Zamawiającego ujawnienie tych informacji z całą pewnością stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji i narażałoby Przystępującego na realną szkodę.

Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób skuteczny, co pozwalało Zamawiającemu na podjęcie decyzji o braku konieczności odtajnienia tej części dokumentacji, co czyni zarzuty odwołania odnośnie do tego działania Zamawiającego

niezasadnymi.

Stwierdzenie o posiadanej przez Odwołującego znajomości rynku nie zastępuje ciążącego na nim obowiązku wskazania w odwołaniu okoliczności faktycznych jego wniesienia oraz dowodów na poparcie tez zawartych w odwołaniu. Odwołujący odnośnie do rażąco niskiej ceny w zasadzie kwestionuje cenę Przystępującego w ogólności, sprowadzając rozważania w tym zakresie do porównania ceny do innych wykonawców. Ocena wyjaśnienia

dokonywana jest w oparciu o wyjaśnienia konkretnego wykonawcy w stosunku do jego oferty i jego możliwości zrealizowania zamówienia. Każdy wykonawca może zaproponować inną cenę — ta zależna jest od wielu czynników, w tym od pozycji rynkowej, know-how, doświadczenia oraz innych indywidualnych uwarunkowań. Poza ogólnym twierdzeniem o rażąco niskiej cenie Odwołujący kwestionuje jedynie jeden z elementów cenotwórczych, tj. cenę dodatkowych rdzeni oświadczając, iż jest ona rażąco niska, gdy porównać ją z cenami jednostkowymi innych wykonawców. Tymczasem ocena rażąco niskiej ceny nie może sprowadzać się do twierdzenia przeciwnego do dokonanej w toku postępowania przetargowego oceny Zamawiającego. Nie sposób jest przyjąć toku rozumowania Odwołującego, który kwestionując jedną pozycję, której znaczenie jest minimalne w wartości zamówienia, kwestionuje tym samym całą cenę oferty. Ceną oferty w postępowaniu jest zarówno cena za wykonanie zakresu podstawowego zamówienia, jak również zakresu opcjonalnego. Nie bez znaczenia przy tym pozostaje okoliczność, iż kosztem głównym realizacji tego zamówienia jest świadczenie usług w zakresie podstawowym. Nawet gdyby Zamawiający skorzystał z całego zakresu zamówienia opcjonalnego w pozycji dotyczącej rdzeni, to w wypadku wyboru oferty Przystępującego wartość ta stanowi 0,073% ceny ofertowej Przystępującego, zaś w wypadku oferty Odwołującego wartość ta stanowi 3,62% ceny ofertowej brutto Odwołującego.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż Przystępujący oferując cenę za zakres opcjonalny zamówienia „ukrył" koszty w kosztach zamówienia podstawowego. Z cen jednostkowych zaoferowanych wynika, iż Przystępujący — ponosząc koszty w części dotyczącej zamówienia podstawowego nie obciąża Zamawiającego tymi samymi kosztami w części dotyczącej zamówienia opcjonalnego. Możliwość taka wynika z przyjętego przez Przystępującego modelu oddawania infrastruktury serwerowej do użytku w ramach danego zamówienia. Wyjaśnienie to jest logiczne i zgodne z praktyką rynkową, nie stanowi ponadto naruszenia przepisów prawa.

W ocenie Zamawiającego Przystępujący należycie wyjaśnił rażąco niską cenę, co pozwalało Zamawiającemu na podjęcie decyzji o dokonaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, co czyni pozostałe zarzuty odwołania niezasadnymi. Wskazać także należy, że Zamawiający uznał za należycie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa zawartą w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego, tym samym równo traktując wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie. Odwołujący wskazał na uzasadnienie odwołania oraz stanowisko przedstawione w piśmie sporządzonym również w odpowiedzi na stanowisko Zamawiającego.

Wskazał, że zarzut główny dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, co oznacza, że, w razie jego uwzględnienia, pozostałe zarzuty nie powinny być rozpatrywane i w tej części postępowanie umorzone.

Przypomniał, że brak jest uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu do wszystkich informacji, gdyż Przystępujący odnosi się tylko odnosi się tylko do jednego elementu. Z tego względu wskazał na rzeczywisty brak dostępu do środka ochrony prawnej w omawianym zakresie. Nie wykazano wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Brak jest dowodów dotyczących poszczególnych składników kosztowych i poprawnego, skutecznego zastrzeżenia informacji tych składników dotyczących. Wskazał, że dokonane przez niego własne zastrzeżenia zostały uzasadnione poprawnie, z odniesieniem do każdej zastrzeżonej informacji, niezależnie do faktu, że zakres zastrzeżenia był rzeczowo mniejszy niż dokonany przez Przystępującego.

W zakresie zarzutów ewentualnych przypomniał, że wykonawca zaoferował nierealną cenę 42 gr za miesiąc udostępnienia rdzenia, 12 zł udostepnienia RAM. Wskazał, że Przystępujący udostępnia publicznie w sieci stawki w kwocie wielokrotnie wyższej w zakresie procesora. Złożył dowód 1 (3 plus 3 strony) - cennik konfiguracji serwera stwierdzając, że publikowane wielkości są realne w odróżnieniu od zaoferowanej w niniejszym postępowaniu. Poparł zarzut czynu nieuczciwej konkurencji bez możliwości szczegółowego uzasadnienia z uwagi na niemożność wglądu w wyjaśnienia ceny złożone Zamawiającemu. Podkreślił brak dowodów dotyczących wyjaśnienia ceny i potrzebę weryfikacji tych wyjaśnień w wyniku ich odtajnienia lub, w odmiennym razie, weryfikacji przez skład orzekający.

Przypomniał, że w postępowaniu zastrzega się informacje, a nie dokumenty je zawierające. Stwierdził, że Przystępujący nie uzasadniał tajemnicy swoim modelem biznesowym ani nie wykazał wymaganych przesłanek. Nadto nie przedstawił dowodów w sprawie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości co do zarzutu głównego, jak i zarzutów

ewentualnych.

Wskazał na treść wyjaśnień Przystępującego z dnia 11 października 2022 r., gdzie jednoznacznie zastrzeżono, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W jawnej części pisma opisano zakres zastrzeżenia i zadeklarowano wartość gospodarczą. Zestaw tych informacji przedstawiono w piśmie, w szczególności na str. 2. Sposób i zakres zastrzeżenia Zamawiający ocenił jako przedstawiony prawidłowo, z zachowaniem należytej staranności.

Odnośnie ceny zauważył, że w postępowaniu są dwa parametry, podstawowy i opcjonalny. Kwestionowana jest cena jednego z pięciu z parametrów dotycząca udostępnienia opcjonalnego. Z uwagi na związek tego elementu z udostępnieniem rdzenia w zamówieniu podstawowym, wobec braku dodatkowych kosztów w tym wypadku, cena zaoferowana może być uznana za realną. Zauważył, że uzyskana przez wykonawcę przewaga cenowa stanowi jednocześnie wartość gospodarczą. Ponadto zakwestionował przydatność przy rozpoznaniu niniejszej sprawy informacji ogólnodostępnych na stronie internetowej Przystępującego.

Przystępujący zakwestionował zawartość merytoryczną odwołania.

Wskazał na analogiczny sposób uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego do sposobu kwestionowanego w odwołaniu.

Przypomniał, że w sprawie nie jest kwestionowana cena oferty, lecz jest podniesiona informacja dotycząca mało istotnego elementu składowego (poz. 2 w formularzu oferty) pozostająca bez wpływu na całość kosztów usługi i ceny oferty. Podkreślił poprawność kalkulacji ceny przedstawionej w wyjaśnieniach. Zauważył brak pełnej informacji w złożonych wydrukach (dowód nr 1). Zanegował sposób wyceny w dowodzie nr 2 przez błędną metodologię. Zauważył domniemane wartości energii i brak podania podstaw wyliczeń. Wskazał na nieprzydatność dowodu 1/1. Podkreślił, że zwiększenie liczby elementów znacząco obniża koszty kolejnych zakupionych.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika, przedstawione na rozprawie przez odwołującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp. Legitymacja Odwołującego, który kwestionuje wynik postępowania w postaci wyboru przez zamawiającego oferty konkurenta z powodu błędnej oceny złożonej przez ten podmiot oferty, w szczególności dotyczącej wysokości zaoferowanej ceny oraz zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny jest oczywisty, skoro odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia na warunkach odpowiadających przepisom prawa.

W ocenie składu orzekającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za zbędne uznać należy przytaczanie definicji rażąco niskiej ceny opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach procesowych stron. Niesporne jest także, że odwołujący nie zna szczegółowych wyjaśnień udzielonych przez przystępującego zamawiającemu wobec ich zastrzeżenia, jako zadeklarowanych, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko przedstawione przez odwołującego co do uchybienia wykonawcy udzielającego wyjaśnień w zakresie formy elektronicznej wymagających wyodrębnienia w osobnych plikach co do części zastrzeżonej oraz jawnej wobec regulacji formy w przepisach rozporządzenia powołanego w odwołaniu. Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na ocenę czynności udostępnienia wyjaśnień, bowiem zamawiający uznając zastrzeżenie za skuteczne, udostępnił wykonawcy informacje jawne, co jest niesporne.

W celu wykazania, że wyjaśnienia ceny wraz z dowodami stanowią tajemnicę wykonawca ten przedstawił uzasadnienie /tu zacytowano dwie strony udostępnionego dokumentu/.

Złożone wyjaśnienie liczy 10 stron i zawiera dowody oceniane przez zamawiającego i skład orzekający. Przystępujący zastrzegł w treści wyjaśnień, iż zastrzeżone w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny informacje stanowią informacje techniczne i technologiczne przedsiębiorstwa, a nadto stanowią o sposobie organizacji Wykonawcy. Z treści wyjaśnień

wynika, że objęte tajemnicą informacje dotyczą doboru sprzętu, w tym komponentów serwerowych, parametrów oraz konfiguracji sprzętu, przy pomocy którego realizowane będzie zamówienie. Ponadto przystępujący wskazał, iż maszyny (node'y) są wytwarzane przez wewnętrzny dział techniczny i przez ten dział serwisowane. Zasadne jest uznanie, iż także pojedyncze informacje, w tym dotyczące poszczególnych czynników cenotwórczych, mogą być znane osobom trzecim, jednakże w konkretnym zestawieniu mogą one stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko wynikające z oceny dokonanej przez zamawiającego, że zestawienie informacji, które przekazał przystępujący stanowią taki właśnie zbiór danych i informacji, które w tym konkretnym zestawieniu nie są znane osobom trzecim. Zatem przesłanka dotycząca rodzaju informacji, jakie można zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa została spełniona. Na marginesie można zauważyć, że także Odwołujący zastrzegł w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w znacznej części te same elementy, co przystępujący. Ponadto poza informacjami kwalifikowanymi jako techniczne, technologiczne czy organizacyjne mogą być zastrzegane inne informacje, pod warunkiem że obiektywnie posiadają wartość gospodarczą, np. dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu. Tego rodzaju informacje rzeczywiście znalazły się w wyjaśnieniach i objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przystępujący wykazał, iż informacje, które przekazuje ramach wyjaśnień stanowią o jego przewadze konkurencyjnej, umożliwiają mu zbudowanie korzystnej oferty, co w konsekwencji przekłada się na jego sytuację ekonomiczną. Spełniona zatem została także ta przesłanka uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma 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. Niezbędność działań podejmowanych przez wykonawcę powinna być oceniana z uwzględnieniem przede wszystkim charakteru zastrzeganych informacji, skali działalności wykonawcy, a także charakteru stosowanej przez niego polityki bezpieczeństwa dotyczącej zasad ochrony informacji poufnych (w szczególności z uwzględnieniem, czy spełnia ona wymagania określonych w tym zakresie powszechnie stosowanych i znanych norm czy też ma charakter indywidualny — została przygotowana jedynie na potrzeby wykonawcy z uwzględnieniem specyfiki jego funkcjonowania). Przystępujący oznaczył i wydzielił treść wyjaśnień, które mają być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Podniósł, że ujawnienie naraża go na szkodę, co oznacza, że wprost wyraził wolę zachowania ich w tajemnicy. Do wyjaśnień załączył dowody na poparcie swoich twierdzeń. W treści zawarł także informacje uwiarygadniające złożoną ofertę oraz jej zgodność z warunkami zamówienia. W treści uzasadnienia wyjaśnił zależność pomiędzy sposobem zbudowania swojej oferty w części technologicznej i technicznej a ceną oferty. Wykonawca wskazując na poszczególne elementy składające się na jego know-how w zakresie zbudowania infrastruktury serwerowej, wykazał, że wiedza ta pozwala mu na osiągnięcie przewagi rynkowej nad konkurentami. Wobec powyższego zamawiający miał podstawy do podjęcia decyzji o braku konieczności odtajnienia tej części dokumentacji, co czyni zarzuty odwołania odnośnie do tego działania niezasadnymi.

W odniesieniu do drugiej tezy odwołania wskazać należy, że argumentacja nie zawiera konkretnych informacji uzasadniających rażąco niski charakter ceny oferty przystępującego. Odwołujący odnośnie do rażąco niskiej ceny w zasadzie kwestionuje cenę przystępującego w ogólności, sprowadzając rozważania w tym zakresie do porównania ceny oferty do ceny innych wykonawców. Poza ogólnym twierdzeniem o rażąco niskiej cenie odwołujący kwestionuje w istocie jedynie jeden z elementów cenotwórczych, tj. cenę dodatkowych rdzeni uznając, iż jest ona rażąco niska, gdy porównać ją z cenami jednostkowymi innych wykonawców i cen przedstawionych na stronie internetowej. W ocenie składu orzekającego, w ślad za stwierdzeniem zamawiającego, cena jednostkowa wskazana przez przystępującego została objęta wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Nie sposób jest przyjąć toku rozumowania odwołującego, który kwestionując jedną pozycję, której znaczenie jest minimalne w wartości zamówienia, kwestionuje tym samym całą cenę oferty. Ceną oferty w postępowaniu jest zarówno cena za wykonanie zakresu podstawowego zamówienia, jak również zakresu opcjonalnego. Nie bez znaczenia przy tym pozostaje okoliczność, iż kosztem głównym realizacji tego zamówienia jest świadczenie usług w zakresie podstawowym. Nawet gdyby Zamawiający skorzystał z całego zakresu zamówienia opcjonalnego w pozycji dotyczącej rdzeni, to w wypadku wyboru oferty Przystępującego wartość ta stanowi znikomy ułamek ceny ofertowej obydwu wykonawców.

Trudno zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż przystępujący oferując cenę za zakres opcjonalny zamówienia ukrył te koszty w kosztach zamówienia podstawowego. Z cen jednostkowych zaoferowanych przez przystępującego wynika, iż przystępujący — ponosząc koszty w części dotyczącej zamówienia podstawowego nie obciąża zamawiającego tymi samymi kosztami w części dotyczącej zamówienia opcjonalnego. Uwzględniając treść

wyjaśnień przystępującego, potwierdzony w toku rozprawy, zasadne jest przyjęcie, że możliwość taka wynika z przyjętego przez przystępującego modelu oddawania infrastruktury serwerowej do użytku w ramach danego zamówienia. Wyjaśnienie to jest logiczne i nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Zważywszy, że przystępujący należycie wyjaśnił rażąco niską cenę, zasadne było podjęcie przez zamawiającego decyzji o dokonaniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej.

W świetle dokonanych ustaleń stwierdzić należy, że teza zarzutu podstawowego, jak ewentualnego nie zostały potwierdzona dowodowo, jakkolwiek zrozumiała jest okoliczność, iż uzasadnienie obarczone było trudnością wynikającą z faktu zastrzeżenia informacji dotyczących zaoferowanej ceny, w znaczącej części.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający rozpoznający zarzuty odwołania nie stwierdził naruszenia przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak powyżej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....