

Sygn. akt: KIO 689/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Irmina Pawlik

Michał Pawłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2024 roku przez odwołującego wykonawcę: **Goldenore Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum **Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę: Goldenore Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Goldenore Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Goldenore Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 689/24

Uzasadnienie

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie

pn: „Zakup Usług Wsparcia dla oprogramowania Open Source w podziale na zadania wraz konsultacjami (część 1) znak: DPIZP.2610.14.2023, zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy

z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605

ze zm.) zwanej dalej „Ustawą” lub „Ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 września 2023 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S S175- 549928 -2023-PL.

W dniu 1 marca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Goldenore Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” wobec:

1) czynności Zamawiającego z dnia 26 lutego 2024 roku polegającej na odrzuceniu oferty

Odwołującego;

2) czynności Zamawiającego z dnia 26 lutego 2024 roku polegającej na wyborze oferty Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;

3) czynności Zamawiającego z dnia 26 lutego 2024 roku polegającej na uznaniu za jawne informacji zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 6 lutego 2024 roku wraz z załączoną do niego ofertą alternatywnego dostawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 226 ust.1 pkt 8) Ustawy oraz art. 224 ust. 6 Ustawy;
- 2) naruszenie art. 226 ust.1 pkt 8) Ustawy oraz art. 224 ust.6 Ustawy w związku z art. 224 ust.1 Ustawy;
- 3) naruszenie art. 16 pkt 1) Ustawy w związku z art. 224 ust.1 Ustawy;
- 4) naruszenie art. 239 ust. 2 Ustawy;
- 5) naruszenie art. 18 ust. 3 Ustawy;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania oraz:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 26 lutego 2024 roku w przedmiocie wyboru oferty Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o.;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 26 lutego 2024 roku w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert, w tym ewentualnie w przypadku ponownego badania oferty Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. nakazanie Zamawiającemu wezwania Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. w trybie art. 224 ust.1 Ustawy do przedstawienia wyjaśnień co do kosztów finansowania przedmiotu zamówienia w zakresie zakupu wsparcia producenta;
- 4) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 26 lutego 2024 roku w przedmiocie uznania za jawne informacji zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 6 lutego 2024 roku wraz z załączoną do niego ofertą alternatywnego dostawcy;
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ ubiega się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, które wchodzi w zakres ekonomicznego zainteresowania Odwołującego co m.in. zmanifestował składając ofertę

w Postępowaniu, która zawiera najniższą cenę przez co stanowi ofertę najkorzystniejszą.

W konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego uniemożliwia jej wybór oraz realizację przez Odwołującego przedmiotu zamówienia oraz osiągnięcia przez Odwołującego z tego tytułu zysku, zatem skutkuje szkodą Odwołującego w postaci utraconych korzyści.

Naruszenie art. 16 ust.1) w zw. a art. 224 ust.1 Ustawy godzi w interes Odwołującego

w obszarze czynności oceny ofert, albowiem eliminuje możliwość odrzucenia oferty Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. w sytuacji, gdy zgodnie z twierdzeniami tego wykonawcy jego oferta zawiera rażąco niską cenę. W przypadku odrzucenia obu ofert Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w kolejnym postępowaniu gdyż w niniejszym Postępowaniu na część 1 wpłynęły jedynie 2 oferty.

Ponadto naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 Ustawy (tj. naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) poprzez odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w zakresie wyjaśnień Odwołującego dotyczących ceny ofertowej oznacza możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego

na skutek ujawnienia konkurentom chronionych przez niego informacji. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Treść pkt B.3 uzasadnienia pisma Zamawiającego z dnia 23 lutego 2024 roku (opublikowanego na platformie zakupowej w dniu 26 lutego 2024 roku) wskazuje,

iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, albowiem Odwołujący:

- a) nie udowodnił zindywidualizowanych dla Odwołującego kosztów realizacji usługi konsultacji własnych;
- b) nie uwzględnił w wycenie oferty ryzyka zmian kursowych i ich wpływu na wycenę oferty.

W konsekwencji w pkt B.5 uzasadniania ww. pisma (podsumowanie) Zamawiający stwierdził, iż cyt.

„(...) w świetle art. 224 ust.5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę wyjaśnienia zawarte w obu pismach Wykonawcy (z dn. 23.01.2024 oraz 6.02.2024) Wykonawca temu ciężarowi nie podolał, co samo w sobie oznacza spełnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust.6 ustawy wobec nie obalenia tzw. domniemania ceny rażąco niskiej.”

Przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji oferty Odwołującego jest:

- (a) wsparcie techniczne producenta dla oprogramowania (standardowego programu serwisowego), gdzie kosztem realizacji zamówienia w tym obszarze jest zakup wsparcia u producenta;

(b) świadczenie przez wykonawcę usług konsultingowych za pomocą własnego personelu rozliczanych na podstawie stawek godzinowych.

W konsekwencji istotnymi elementami kalkulacyjnymi oferty są odpowiednio:

- (a) koszt zakupu wsparcia u producenta;
- (b) koszt związany z usługą konsultacji.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie stwierdził, aby Odwołujący pominął jakikolwiek istotny składnik kalkulacyjny ceny oferty odnoszący się do powyższych świadczeń. Zamawiający w zakresie składników kosztowych w sposób wyraźny określił przedmiot wyjaśnień w wezwaniu z dnia 18 stycznia 2024 roku (pkt II wezwania).

Ad 1)

Zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 8) Ustawy i art. 224 ust.6) Ustawy.

Zamawiający w piśmie z dnia 23 lutego 2024 roku nie zakwestionował ceny zakupu wsparcia producenta podanej w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 23 stycznia 2024 roku, a tym bardziej przedstawionego dowodu na okoliczność dostępności dla Odwołującego ceny zakupu w kwocie 2.196.949,16 EUR netto.

Zamawiający zakwestionował jedynie koszt świadczenia przez Odwołującego własnych usług konsultingowych, stwierdzając, iż Odwołujący nie wykazał, że przyjęty dla kalkulacji koszt 1 godziny konsultacji w wysokości 101 PLN netto (skutkujący marżą Odwołującego w wysokości 87 PLN netto za 1 godzinę w stosunku do stawki ofertowej - 188 PLN netto) jest dla Odwołującego dostępny.

Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie przedstawił umów o pracę lub umów cywilnoprawnych potwierdzających realność przyjętej stawki kosztu.

Już samo wezwanie Odwołującego o wyjaśnienie kosztu świadczenia usługi konsultacji było bezpodstawne w świetle art. 224 ust.1 Ustawy, albowiem Odwołujący zaoferował stawkę 188 PLN netto za 1 godzinę, a Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. stawkę 200 PLN netto, czyli stawkę o 6% wyższą niż stawka Odwołującego. Oferta Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. była przedmiotem oceny, lecz Zamawiający nie wezwał Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. do wyjaśnień elementów kalkulacyjnych, co oznacza, iż uznał stawkę 200 PLN netto za rynkową. Zatem stawka mniejsza o 6% zaoferowana przez Odwołującego o dalece niższych obrotach i strukturze organizacyjnej od Comarch Polska S.A nie mogła wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do jej rentowności. Bliżej w pkt D/ Uzasadnienia.

Odwołujący wskazał, iż przyjęta przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Odwołującego nie pozostaje w związku z metodą kalkulacji przyjętą przez Odwołującego.

Co do zasady, wykonawca kalkulując ofertę może posłużyć się co najmniej trzema metodami kalkulacji:

Metoda 1/tj. kalkulacją opartą na przyjęciu standardowych cen rynkowych, ogólnie znanych, stosowanych i ogólnie dostępnych,

Metoda 2/tj. kalkulacją opartą na cenach wynikających z ofert sporządzonych na zamówienie wykonawcy,

Metoda 3/tj. kalkulacją opartą na koszcie wytworzenia towaru lub usługi we własnym zakresie.

Na użytek udowodnienia rentowności powyższych kalkulacji wykonawca może przedstawić odpowiednio:

Dla Metody 1- wydruki z serwisów sklepów internetowych lub informacji w publikacjach specjalistycznych o praktykowanych na rynku stawkach, czyli wykazać możliwość nabycia towaru i usługi od przeciętnego dostawcy na podstawie funkcjonujących cen/stawek rynkowych;

Dla Metody 2- umowy lub oferty dostawców lub usługodawców sporządzanych na żądanie wykonawcy pod kątem jego potrzeb;

Dla Metody 3- kalkulacje kosztów wytworzenia towaru lub usługi we własnym zakresie ze stosownymi dowodami.

Metoda 2 została wykorzystana zarówno przez Odwołującego jak i Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. na potrzeby kalkulacji ceny standardowego wsparcia producenta. Obaj wykonawcy zwrócili się o zaoferowanie tych usług przez tego samego dystrybutora.

Natomiast na potrzeby wykazania kosztów świadczenia usług konsultacji Odwołujący skorzystał z Metody 1 i wycenił koszt zatrudnienia specjalisty na bazie wynagrodzeń rynkowych, czyli wyliczył ile będzie kosztować 1 godzina świadczenia konsultacji przez przeciętnego specjalistę zaangażowanego w realizację usług wg średnich wynagrodzeń rynkowych z okresu sporządzenia oferty.

W niniejszym Postępowaniu Odwołujący wyjaśnił (wyjaśnienia z 23 stycznia 2024 roku), iż dla kalkulacji stawki ofertowej 1 godziny konsultacji przyjął koszt 101 PLN jako koszt wynikający ze stawek rynkowych, który jest dla niego dostępny na rynku bez żadnych ograniczeń. Odwołujący wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie powołał się w wyjaśnieniach na artykuły prasowe, ale na cyt. „*publikacje w prasie specjalistycznej*” zajmujące się analizami

rynkowymi w zakresie wynagrodzeń, tj.:

- 1) publikację biznesowego portalu Business Insider;
- 2) wydawnictwa Infor specjalizującego się w zagadnieniach HR, księgowych, płacowych, prawnych, rekrutacyjnych, zarządzania zasobami ludzkimi etc.
- 3) publikacją nofluffjobs – znaczącej agencji zatrudnienia aktywnej w sektorze IT.

- na okoliczność, iż koszt zaangażowania jednego specjalisty na poziomie odpowiednim do specjalisty, którego zaangażowanie będzie konieczne w ramach zamówienia w wysokości 17.000 PLN netto (bez VAT) miesięcznie (168h/miesiąc) jest założeniem racjonalnym w zakresie rynkowych zakresów wartości wynagrodzeń.

Zamawiający uznał, iż dowody na wysokość wynagrodzeń rynkowych nie mają wartości dowodowej, albowiem Odwołujący winien przedstawić zawarte ze specjalistami umowy

o pracę lub dowodami na wysokość wartości kosztów w Metodzie 3, czyli wówczas gdy Odwołujący w wyjaśnieniach powoływałby się, iż kalkulował ofertę za pomocą Metody 3.

Odwołujący nie kalkulował kosztów wynagrodzenia na podstawie kosztów własnego personelu lecz Odwołujący oparł swoją kalkulację na Metodzie 1 czyli kalkulacji kosztu rynkowy + marża (czyli 101 PLN + 87 PLN) do czego był w pełni uprawniony, a wartość kosztu udowodnił profesjonalnymi publikacjami. Odwołujący może zaangażować w realizację zamówienia personel aktualnie przez niego zatrudniony lub też personel, który zaangażuje w przyszłości.

Kalkulacja oparta na aktualnych stawkach rynkowych jest bardziej adekwatna dla oceny realności przyjętych kosztów, niż umowy o pracę, zlecenia i B2B z dotychczasowymi pracownikami.

Umowy zawarte w przeszłości mogą bowiem zostać przedstawione Zamawiającemu bez późniejszych aneksów podwyższających wynagrodzenie specjalistów i wykazywać nieaktualne dane, jak również wynagrodzenia mogą podlegać zmianie w szczególności

z uwagi na okres realizacji zamówienia oraz rotację personelu.

Zamawiający nie jest zatem uprawniony do twierdzenia, aby nie doszło

do udowodnienia przez Odwołującego, iż dostępny dla Odwołującego koszt specjalisty wymaganego dla realizacji zamówienia wynosi 101 PLN + VAT na godzinę, czyli 17.000 PLN +VAT miesięcznie dla 168 godzin. Co znamienne Zamawiający, nie zakwestionował

w wymiarze merytorycznym, aby koszt zaangażowania specjalisty był kosztem poniżej wartości rynkowej Odwołujący wykazał Zamawiającemu minimalną wartość marży

na usługach konsultacji jaką uzyska w przypadku, gdy Odwołujący zrealizuje jedynie 1.000 gwarantowanych godzin konsultacji, a także maksymalną jej wartość, czyli dla podanej stawki kosztu przedział pomiędzy 87.000 netto a 696.000 PLN netto.

Ad 2)

Zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 8) Ustawy i art. 224 ust.6) Ustawy w związku z art. 224 ust.1 Ustawy.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że nie uwzględnił w wycenie oferty ryzyka zmian kursowych i ich wpływu na wycenę oferty. Tego rodzaju wada wyjaśnień mogłaby mieć miejsce, gdyby wyjaśnienia Odwołującego nie odnosiły się do istotnego elementu kalkulacji ceny.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w sprawie różnic

kursowych, jako istotnych elementów ceny oraz wskazania, które z cen ofertowych tego rodzaju wyjaśnienia miałyby dotyczyć. Przeciwnie, w wezwaniu z dnia 18 stycznia 2024 roku powołano się na istotne elementy ceny ujęte w artykule 224 ust.3 pkt 2)-8) a ponadto dodatkowo:

Zagadnienie różnic kursowych dotyczy zakupu wsparcia dla producenta. Zamawiający wyraźnie zapytał o koszt zakupu i wartość marży. Wykonawca udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w pełnym zakresie wezwania.

Jak wynika z powołanej treści wezwania kwestia różnic kursowych nie była przedmiotem

wezwania. Co więcej, dopiero w wyniku analiz wyjaśnień Odwołującego z dnia 23 stycznia 2024 roku Zamawiający powziął wątpliwości co do zagadnienia różnic kursowych.

W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 224 ust.1 i ust.6 i art. 226 ust.1 pkt 8), bowiem odrzucił ofertę w sytuacji, gdy nie sposób Odwołującemu zarzucić, że nie wyjaśnił określonego zagadnienia związanego z kalkulacją ceny zakupu wsparcia, skoro nie był o to wezwany, a wątpliwości Zamawiającego powstały po analizie wyjaśnień złożonych w kontekście innych elementów kalkulacyjnych. Zamawiający obowiązany był ewentualnie wezwać Odwołującego o dalsze wyjaśnienia w kwestii różnic kursowych. Skoro takiego wezwania nie wystosował, odrzucenie oferty naruszyło w/w przepisy.

Dodatkowe stanowisko co do Ad 1) i Ad 2) w kwestii pisma Wykonawcy z dnia 6 lutego 2024 roku oraz kwestia rażąco niskiej ceny oferty

Odwołujący w kontekście wywodów Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 23 lutego 2024 roku dotyczących pisma z dnia 6 lutego 2024 roku wyjaśnia jak następuje:

Wykonawca złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 stycznia 2024 roku tylko w piśmie z dnia 23 stycznia 2024 roku.

Ponieważ wyjaśnienia dotyczyły kalkulacji ceny oferty, to Odwołujący mógł się powoływać na okoliczności oraz fakty związane z kalkulacją ceny, mające miejsce najpóźniej w dacie złożenia oferty.

Na dzień złożenia oferty Odwołujący, oprócz własnego twierdzenia nie miał dowodów na to, iż podjął decyzję o „grze negocjacyjnej”, o której wspominał w piśmie z dnia 23 stycznia 2024 roku oraz 6 lutego 2024 roku. Podjęcie „gry negocjacyjnej” jest faktem, który leżał wyłącznie

w sferze zamiarów Odwołującego, które zamierzał zrealizować po wyborze oferty. Okoliczność tą Odwołujący mógł wykazać tylko oświadczeniem własnego przedstawiciela (członka Zarządu uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji), co uczynił w piśmie z dnia 23 stycznia 2024 roku. Odwołujący złożył ofertę, której cena była dla Odwołującego bezpieczna. Oferta nie dawała pewności uzyskania istotnych zysków (zapewniała niewielki zysk), ale niewątpliwie otwierała możliwości uzyskania dużych zysków

(wyluczonych w pismach z dnia 23 stycznia 2024 i 6 lutego 2024 roku) zarówno w obszarze wsparcia producenta jak i usług konsultingowych do marży na samych usługach konsultingowych w wysokości 696.000 PLN netto włącznie.

Okoliczność uzyskania przez Odwołującego alternatywnej oferty nie jest okolicznością dotyczącą faktów mających miejsce w dacie złożenia oferty, tzn. w dacie złożenia oferty Odwołujący takiej alternatywnej oferty nie miał, więc złożenie tej oferty jako okoliczności dotyczącej istotnych składników cenowych nie stanowi adekwatnego dowodu na sposób kalkulacji oferty.

Jedynym dowodem na okoliczność zamiaru uzyskania niższej ceny zakupu w dacie sporządzenia oferty może być oświadczenie własne Odwołującego. Odwołujący nie miał także podstaw do składania Zamawiającemu wniosku o przedłużenie terminu do wyjaśnień w celu przedstawienia kolejnej oferty skoro wyjaśnił Zamawiającemu, iż spodziewa się redukcji ceny po wyborze oferty, zgodnym ze scenariuszem działań Odwołującego.

Mając na uwadze wyjaśnienia Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 23 stycznia 2024 roku, Zamawiający był obowiązany ocenić, twierdzenie Odwołującego o tym, iż cena zakupu wsparcia podana w wyjaśnieniach jest ceną maksymalną oraz jej wiarygodność w świetle przedmiotu postępowania i jego wartości.

Niewątpliwie w dniu 6 lutego 2024 roku Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dowód w postaci oferty alternatywnego dostawcy, potwierdzający okoliczność, iż twierdzenie Odwołującego, że oferta pierwszego dostawcy jest ceną maksymalną oraz twierdzenie Odwołującego o wartości oszczędności jakie może uzyskać w toku gry negocjacyjnej było uzasadnione w sferze oceny prawdopodobieństwa tych celów. Zamawiający pominął okoliczność, iż o zamówienie konkurują nie tylko wykonawcy, ale także autoryzowani dystrybutorzy producenta. Odwołujący zamierzał wykorzystać tę konkurencję w celu uzyskania niższej ceny, lecz dla uzyskania lepszej pozycji negocjacyjnej konieczny był wybór oferty Odwołującego. W przypadku wyboru oferty Odwołującego (jak również każdego innego wykonawcy) Odwołujący jako wykonawca zamówienia może dokonać wyboru docelowego dostawcy i wybór ten uzależniać od uzgodnienia korzystnych dla siebie warunków finansowych.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2024 roku podejmując decyzję o odrzuceniu oferty był obowiązany uwzględnić treść pisma z 6 lutego 2024 roku, chociażby z tego powodu, że jego treść i załączona do niego oferta potwierdzała słuszność założeń poczynionych przez Zamawiającego w toku kalkulacji ceny oferty, a redukcja ceny była na tyle prawdopodobna,

iż powinna zostać uwzględniona przy ocenie zdolności Odwołującego do późniejszej redukcji ceny zakupu. Innymi słowy, pismo to jest dowodem na to, iż Odwołujący złożył Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 23 stycznia 2024 roku prawdziwe oświadczenie

co do metody kalkulacji ceny oferty, przyjętych ryzyk związanych z kalkulacją ceny w dacie jej złożenia oraz skuteczności przyjętego scenariusza uzyskania korzystnych cen zakupu,

a podjęte ryzyko w kalkulacji ceny mieściło się w sferze dopuszczalnego ryzyka gospodarczego. Z tej racji pismo to nie mogło zostać pominięte przy ocenie pisma z dnia

23 stycznia 2024 roku, a także stanowi dowód w niniejszym postępowaniu odwoławczym

na okoliczność podjęcia przez Odwołującego racjonalnej metody kalkulacji ceny opartej

na możliwym (co Odwołujący wykazał) obniżeniu ceny zakupu w toku postępowania.

Nawet gdyby redukcja ceny nie miała miejsca minimalny dochód z realizacji konsultacji

zapewni Odwołującemu (dla podanej stawki kosztu) zysk z realizacji zamówienia w wysokości

5.423,00 PLN netto. Będzie to jednak zysk, co oznaczać będzie, że kalkulacja ceny oferty wskazuje, iż cena ta jest niska, ale nie rażąco niska. Nie można przy tym pomijać, iż łączna marża z samych konsultacji w maksymalnym wymiarze wyniosłaby niemal 700.000 PLN netto.

Ad 3)

Naruszenie art. 16 pkt 1) Ustawy w związku z art. 224 ust.1 Ustawy

Odwołujący zaoferował stawkę 188 PLN netto za 1 godzinę konsultacji, a Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. stawkę 200 PLN netto, czyli stawkę o 6% wyższą niż stawka Odwołującego. Oferta Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. była przedmiotem oceny, lecz Zamawiający nie wezwał Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych ceny.

W konsekwencji przy takich samych wartościach stawek ofertowych Zamawiający wezwał do wyjaśnienia w trybie art. 224 ust.1 Ustawy tylko Odwołującego, zwalniając z analogicznych Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o.

Zgodnie z pismem Comarch Polska S.A z dnia 20 grudnia 2023 roku (jest to data podpisu, pismo nosi datę 24 grudnia 2023 r), Comarch Polska S.A jako lider konsorcjum postawił tezę, iż:

- (a)każdy wykonawca musi uwzględnić w wycenie oferty koszt finansowania zamówienia w kwocie ok. 560.000 PLN, co wynikać ma z konieczności zapłaty przez wykonawcę całości ceny za wsparcie na rzecz producenta w sytuacji, gdy Zamawiający będzie płacił wykonawcy wynagrodzenie za wsparcie producenta w okresach rocznych.

Powyższej tezy Odwołujący nie podziela.

- (b)każdy z wykonawców uzyskał taką samą cenę od dystrybutora producenta w wysokości 2.196.949,16 EUR netto na dowód czego przedstawił ofertę Exclusive Networks.

Niewątpliwie Comarch Polska S.A. i Linux Polska Sp. z o.o. są wykonawcami w Postępowaniu, zatem tezy zawarte powyżej odnoszą się do także do Comarch Polska S.A. i Linux Polska Sp. z o.o. Uwzględniając warunki finansowe oferty Comarch Polska S.A. i Linux Polska Sp. z o.o., podaną cenę zakupu wsparcia oraz metodę rozliczenia zakupów należy uznać, iż z pisma Comarch Polska S.A. jednoznacznie wynika, iż uznaje on własną ofertę jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę:

Cena oferty za wsparcie:	- 9.886.271,22 PLN netto
Koszt zakupu wsparcia wg oferty:-	9.634.500,85 PLN netto
Koszt finansowania -	- 560.000 PLN netto
Razem	- 308.229 PLN netto

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający gwarantuje jedynie 1.000 godzin wsparcia własnego, Comarch S.A może liczyć jedynie na przychód w wysokości 200.000 PLN netto i dochód w wysokości 100.000 PLN netto (zakładając analogiczny koszt jak w przypadku Odwołującego) co nie pozwala pokryć straty 308.229 PLN netto.

Pomimo wiedzy o sposobie kalkulacji ceny oferty Comarch Polska S.A. i Linux Polska Sp. z o.o. i wynikającej z niej wprost stracie, Zamawiający nie zwrócił się do Comarch Polska S.A. i Linux Polska Sp. z o.o. z wnioskiem o wyjaśnienie istotnych elementów kalkulacyjnych oferty. Tym samym, Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców żądając wyjaśnienia tylko od jednego z wykonawców. Reasumując Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) w związku z art. 224 ust.1 Ustawy dwukrotnie w sposób określony w odwołaniu.

Ad 4)

Naruszenie art. 239 ust. 2 Ustawy,

Z uwagi na wyżej zdefiniowane naruszenia, dokonanie wyboru oferty Comarch Polska S.A i Linux Polska Sp. z o.o. było bezpodstawne.

Ad 5)

Naruszenie art. 18 ust. 3 Ustawy.

Zamawiający w części II pisma z dnia 23 lutego 2024 r. odniósł się do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, tj. do zastrzeżenia przez Odwołującego poufności informacji zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 6 lutego 2024 r. (zwanym dalej „Pismem”), tj. w piśmie zawierającym dodatkowe wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej Odwołującego wraz z załączoną do niego ofertą alternatywnego dostawcy.

Zamawiający uznał, że materia zawarta w wyjaśnieniach ceny ofertowej może co do zasady stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego brak jest jednak podstaw do odtajnienia informacji poufnych zawartych w ww. Piśmie. Zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 Ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.

U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie, jak wynika z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Informacje zawarte w ww. Piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, bowiem spełniają wszystkie przesłanki wynikające z ww. przepisu konieczne dla objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. (a) posiadają wartość gospodarczą, (b) Odwołujący podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności, (c) informacje zastrzeżone przez Odwołującego nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Przy czym Zamawiający wskazał tylko, że jedną z przesłanek zastrzeżenia poufności informacji jest to, aby zastrzegana informacja posiadała wartość gospodarczą. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał jednak, że informacje zastrzeżone w Piśmie z 6 lutego 2024 r. posiadały wartość gospodarczą.

Zamawiający nie zakwestionował natomiast zaistnienia pozostałych przesłanek, tj. faktu podjęcia przez Odwołującego działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji

w poufności oraz że informacje te nie są powszechnie znane (nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej). Zamawiający zakwestionował zatem jedynie wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

Zamawiający stwierdził w szczególności, że Odwołujący w celu uzasadnienia poufności informacji powołał się głównie na stanowisko doktryny i orzecznictwo, a uzasadnienie własne Odwołującego zawiera tylko ogólnikowe stwierdzenia, które w znacznej części nie dotyczą informacji przekazanych Zamawiającemu. Zamawiający powołał się również na wyrwany

z kontekstu fragment wyjaśnień zawartych w Piśmie, pomijając dalszą część tych wyjaśnień.

Należy jednak podkreślić, że uzasadnienie poufności informacji zawarte w przedmiotowym Piśmie było obszerne i – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – nie opierało się głównie na przywołaniu cytatów z orzecznictwa i doktryny. Co więcej, było ono znacznie bardziej rozbudowane niż w przypadku uzasadnienia zastrzeżenia poufności w wyjaśnieniach ceny ofertowej z dnia 23 stycznia 2024 r., m. in.

Odwołujący szerzej uzasadnił przesłankę dotyczącą wartości gospodarczej informacji.

W szczególności w przedmiotowym Piśmie z dnia 6 lutego 2024 r. Odwołujący określił, jakie informacje mają istotną wartość gospodarczą (tj. fakt uzyskania alternatywnej oferty, podmiot alternatywnego dostawcy oraz poziom uzyskanych cen i rabatów) oraz wskazał, że z pozycji zajętej przez Odwołującego na liście rankingowej ofert wynika, iż źródło zaopatrzenia Odwołującego zapewnia mu przewagę w stosunku do innych wykonawców, co przesądza,

że dane o źródle jego zaopatrzenia mają wymierną wartość gospodarczą i że przewaga ta została uzyskana właśnie dzięki uzyskanym warunkom finansowym. Odwołujący podkreślił, że zastrzeżone informacje dotyczą partnerów biznesowych jako potencjalnych dostawców Odwołującego, tj. danych identyfikujących tych partnerów oraz oferowanych przez nich cen zakupu.

Takie informacje mają szczególną wartość w niniejszym Postępowaniu, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Ponadto Odwołujący w ww. Piśmie (podobnie jak w wyjaśnieniach z dnia 23 stycznia 2024 r.) wyliczył wartość marży, jaką Odwołujący osiągnie z realizacji zamówienia na podstawie ofert obu dostawców.

Wobec tego Odwołujący wykazał, jaką szkodę w postaci utraconych korzyści wywołałoby dla niego ujawnienie bezpośrednim konkurentom Odwołującego tych informacji, które

w niniejszym Postępowaniu zapewniły Odwołującemu przewagę cenową oraz zysk

(w przypadku wyboru oferty Odwołującego). Innymi słowy, poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji ceny ofertowej, w tym poziomu uzyskanych cen i rabatów

od alternatywnego dostawcy (które zostały przyjęte do kalkulacji ceny) narażałoby Odwołującego na szkodę wynikającą z ujawnienia informacji dotyczących stawek i cen oferowanych mu indywidualnie przez tego dostawcę.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący nie powielił zatem w treści Pisma tych samych informacji co w poprzednich wyjaśnieniach z dnia 23 stycznia 2024 r. Tzn. część

z nich rzeczywiście została powtórzona, ale wyjaśnienia dotyczące wartości gospodarczej zawarte w Piśmie są jednak dokładniejsze i bardziej obszerne, w tym określają szkodę, jaka mogłaby wyniknąć w razie ujawnienia informacji.

Wobec tego, uzasadnienia zastrzeżenia poufności (dotyczącego wartości gospodarczej informacji) nie można uznać za ogólnikowe czy uniwersalne, które mogą pasować do każdego postępowania o zamówienie publiczne (jak wywodzi Zamawiający).

- 2) oryginalności dostaw oferowanych przez wykonawcę;
- 3) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- 4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 7) wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania czynności zamówienia podwykonawcy (podmiotu udostępniającego zasoby).

Z uwagi na to, że przedmiot zamówienia obejmuje:

- 1) Wynagrodzenie z tytułu usługi Wsparcia dla Oprogramowania określonego w Załączniku nr 1a do Umowy, które Zamawiający nabył na podstawie odrębnych umów - w terminach i na zasadach określonych w ppu oraz ogólnych warunkach Producenta przez okres 36 miesięcy od dnia wskazanego w Protokole Odbioru, o którym mowa w 6 ust. 1 ppu;
- 2) Wynagrodzenie z tytułu konsultacji w zakresie problemów, jakie pojawiły się w związku z korzystaniem przez Zamawiającego z Oprogramowania lub Aktualizacji Oprogramowania, o których mowa w S 4 ust. 1 pkt 1 ppu (8000h), a usługa wsparcia Oprogramowania to de facto wyłącznie odsprzedaż usługi wsparcia producenta Redhat w korzystaniu oprogramowania objętego zamówieniem, zwracamy się o szczegółowe przedstawienie istotnych elementów składowych budowy ceny, a w szczególności m.in.:
 - 1) kosztu zakupu usług wsparcia dla w/w oprogramowania od producenta oraz marży wykonawcy,
 - 2) kosztów związanych z realizacją usług konsultacji.

Zamawiający nadmienia, iż stosownie do treści przepisu art. 224 ust. 5 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Ponadto, Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzielił w określonym terminie wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Odwolujący, pismem z 23 stycznia 2024 roku udzielił wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny, wskazując, że realizacja przedmiotu zamówienia obejmuje:

- 1/ świadczenie przez Wykonawcę usług konsultacji.
- 2/ wykupienie dla Zamawiającego wsparcia producenta dla oprogramowania.

Ad 1)

W zakresie skalkulowania ceny oferty co do konsultacji Odwołujący przyjął średnią stawkę godzinową w oparciu o powszechnie dostępne publikacje branżowe:

Budżet ten przyjęto na podstawie znanych Wykonawcy stawek dla specjalistów RedHat, a jego poprawność potwierdzają powszechnie dostępne publikacje w prasie specjalistycznej/dowód: artykuł Infor, artykuł Business Insider, artykuł No Fluf Jobs/

Koszt jednej roboczogodziny wynosi 101 PLN netto. Marża Wykonawcy na 1 roboczogodzinie wynosi 87 PLN netto.

Ad 2)

Ofertę skalkulowano biorąc pod uwagę wartość oferty dystrybutora producenta oprogramowania w kwocie 2 196 949, 16 Euro netto. kwocie 2 196 949, 16 Euro netto.

/dowód: oferta Exclusive Networks Poland S.A./

Powyższą kwotę przeliczono na podstawie kursu NBP z dnia 15 listopada 2023 zaokrąglając do 4,4 PLN za 1 Euro. Wartość zakupu w PLN na dzień 15 listopada 2023 mogła wynosić:

9 666 576,30 PLN netto. (...).

W dniu 23 stycznia wartość zakupu z uwagi na spadek kursu PLN/EUR do 4,35 PLN za 1 EUR) wynosiłaby 9 556 728 PLN Netto. Cena wsparcia w ofercie wykonawcy wynosi 9 585 000 PLN netto. Jest to tzw. „pierwsza oferta” uzyskana przed złożeniem oferty, która wobec niedokonania przez Zamawiającego wyboru oferty nie była jeszcze negocjowana. Wykonawca spodziewa się że uzyska finalnie cenę zakupu ca 9 450 000 PLN netto.

Przy aktualnym kursie 4,35 PLN/1 EURO i przy cenie zakupu 9 556 728 PLN netto, Wykonawca na wsparciu osiągnie marżę w wysokości 28 271 PLN netto.(...)

Przy historycznym kursie 4,4 PLN/1 EURO i przy cenie zakupu 9 666 576,30 PLN netto, Wykonawca na wsparciu osiągnie stratę w wysokości 81 576,30 netto. (...)

Reasumując, przy aktualnym kursie PLN/EURO całkowita marża Wykonawcy z realizacji zamówienia:

1/ obejmującego wsparcie i tylko gwarantowaną liczbę 1000 godzin konsultacji wyniesie 115 271 PLN netto;

2/ obejmującego wsparcie i pełną liczbę 8000 godzin konsultacji wyniesie 724 271,00 PLN netto.

Następnie pismem z 6 lutego 2024 roku Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia ceny, które w całości objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 23 lutego 2024 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 224 ust. 6 Ustawy Pzp, ponieważ złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 226 ust.1 pkt 8) Ustawy oraz art. 224 ust. 6 Ustawy, w ocenie Izby nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei, stosownie do art. 224 ust. 6 Ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba podkreśla, że w zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu

o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania danej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy

w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez Zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowią podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

lub kosztu, wynikający z art. 224 pkt 5 Pzp. W treści tego artykułu, ustawodawca wprowadził odwrócony ciężar dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże,

że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia ceny z dnia 23 lutego 2024 roku złożone przez Odwołującego nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Z treści wyjaśnień jednoznacznie wynika, że Odwołujący założył zakup wsparcia oprogramowania ze stratą, którą

następnie zamierzał pokryć z marży uzyskanej w wyniku konsultacji: „Przy historycznym kursie 4,4 PLN/1 EURO i przy cenie zakupu 9 666 576,30 PLN netto, Wykonawca na wsparciu osiągnie stratę w wysokości 81 576,30 netto. W tym ostatnim negatywnym scenariuszu, tj wówczas gdy nie uda się obniżyć zaoferowanej przez dostawcę ceny zakupu, a kurs powróci do poziomu 4,4 PLN/EUR deficyt w kwocie 81 576,30 PLN netto zostanie pokryty z marży Wykonawcy uzyskanej z 1 000 gwarantowanych godzin konsultacji, która wg stawki obliczonej powyżej wynosić będzie 87.000 PLN netto”.

Odwołujący również nie wykazał możliwości uzyskania rabatu cenowego, na który się powołał w wyjaśnieniach: „Wykonawca spodziewa się że uzyska finalnie ceną zakupu ca 9 450 000 PLN netto”.

Złożone w dniu 6 lutego 2024 roku samodzielnie, dodatkowe wyjaśnienia wraz z nową ofertą od dystrybutora producenta oprogramowania nie mogą być dowodem potwierdzającym złożenie w dniu 17 listopada 2023 roku realnej oferty cenowej w zakresie wykupienia dla Zamawiającego wsparcia producenta dla oprogramowania. Nowa cena została wynegocjowana już po złożeniu oferty (6 luty 2024 r.), zatem na dzień składania ofert, (nawet na dzień udzielania wyjaśnień rażąco niskiej ceny) Odwołujący nie miał podstaw aby twierdzić, że uzyska w rzeczywistości cenę niższą. Takiej podstawy nie stanowiła również okoliczność, że Odwołujący spodziewał się, że cena ta zostanie na późniejszym etapie obniżona.

W odniesieniu do wyjaśnień kosztu świadczenia usług konsultingowych, ich ocena sprowadza się do wniosku, że Odwołujący nie wykazał realności kalkulacji stawki dla specjalistów Red Hat w zakresie jednej godziny konsultacji. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że Odwołujący nie wykazał, aby określona przez niego stawka za godzinę konsultacji specjalisty Red Hat w wysokości 101 PLN netto (skutkująca marżą Odwołującego w wysokości 87 PLN netto za 1 godzinę w stosunku do stawki ofertowej - 188 PLN netto) była dla Odwołującego dostępna. Wyjaśnienia ceny w zakresie stawek dla specjalistów Red Hat Odwołujący oparł wyłącznie o dane dostępne w prasie specjalistycznej, które miały uzasadnić przyjętą przez Odwołującego uśrednioną stawkę.

Należy podkreślić, że w treści wyjaśnień ceny z 23 stycznia 2024 roku Odwołujący wyraźnie wskazał, że przyjęte przez niego stawki oparte o jego wiedzę oraz dostępne publikacje w prasie specjalistycznej odnoszą się do stawek dla specjalisty Red Hat: *Budżet ten przyjęto na podstawie znanych Wykonawcy stawek dla specjalistów RedHat, a jego poprawność potwierdzają powszechnie dostępne publikacje w prasie specjalistycznej*, natomiast podczas rozprawy, Odwołujący zmienił stanowisko, twierdząc, że przywołane stawki nie odnoszą się do specjalistów Red Hat lecz innych specjalistów branży IT.

Już sama ta okoliczność, w ocenie Izby, stanowi potwierdzenie zasadności stanowiska Zamawiającego, co nie zmienia faktu, że Odwołujący jednoznacznie przyznał, że podane w wyjaśnieniach stawki nie odnoszą się do specjalistów Red Hat, a zatem do realności dokonanej kalkulacji ceny. Przyjęte w wyjaśnieniach ceny stawki dla specjalistów Red Hat nie są dla Odwołującego dostępne. Nierealność przyjętych przez Odwołującego stawek dla ww. specjalistów, potwierdził również Przystępujący dowodem w postaci oświadczenia przedstawiciela DCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, podmiotu zajmującego się pozyskiwaniem personelu.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym dowodem na okoliczność realności podanych stawek dla ww. specjalistów mogłyby być np. umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna, które określałyby wynagrodzenie dla tych specjalistów. Powołanie się na powyższe umowy było dla Odwołującego nie tylko możliwe, ale zasadne i celowe, ponieważ Odwołujący w załączniku nr Załącznik nr 7.1 do SWZ – Wykaz osób część nr 1 - Red Hat, Jboss, dla wszystkich wymienionych tam specjalistów wskazał jako podstawę dysponowania - dysponowanie bezpośrednio. Nic zatem nie stało na przeszkodzie, aby realność stawek dla ww. specjalistów potwierdzić posiadanymi umowami. Tak więc, pomimo istnienia możliwości wykazania realności zaoferowanych stawek Odwołujący tego nie uczynił.

Odnosząc się do wskazanej w odwołaniu Metodzie 1 kalkulacji ceny w oparciu o uśrednione wynagrodzenie rynkowe, to pomijając okoliczność, że przyjęte do wyliczeń ceny wynagrodzenie nie odnosi się do specjalistów Red Hat, to podzielić należy pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2017-03-14, XXIII Ga 967/16, gdzie wskazano: „(...)Sąd Okręgowy jednocześnie stwierdza, iż bez żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tego aspektu skarg były przedłożone obszerne analizy/raporty/badania dotyczące poziomu wynagrodzeń osób odpowiedzialnych za wykonywanie przedmiotowych usług informatycznych. Przykładowo można wskazać na (...) Badania Wynagrodzeń w 2015 r. - metoda S. (...) S. czy też raport W. T. Wszystkie te analizy, raporty czy badania miały podstawową wadę dyskwalifikującą je jako materiał dowodowy - nie dotyczy konkretnych podmiotów - oferentów występujących w tym postępowaniu. Stanowiły jedynie uśrednione wartości w oparciu o dane udzielone przed podmioty, które w badaniach uczestniczyły.

Sąd Okręgowy takimi danymi nie był zainteresowany. Dlatego też wszelkie wnioski dowodowe zmierzające do wykazania trafności tego czy innego raportu/badania nie mogły być przez sąd uwzględnione. Do oceny czy oferta nie zawiera rażąco

zaniżonego składnika jej ceny,

tj. kosztów osobowych należało przedstawić dowody odnoszące się wyłącznie do tego konkretnego oferenta”.

Zgodzić się można z Odwołującym, że posiada on pełną swobodę w zakresie przyjętej metody kalkulacji ceny oferty, z zastrzeżeniem jednak, że przyjęta metoda pozwala na realne i rzetelne obliczenie ceny. Powoływanie się na średnią stawkę godzinową wskazaną w publikacjach branżowych, która na dodatek nie odnosi się do specjalistów Red Hat- wymaganych przedmiotem zamówienia, nie mogło zostać uznane przez Izbę za wiarygodną i realną podstawę skalkulowania tej stawki.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać, że Odwołujący nie wykazał aby na dzień składania ofert, cena jego oferty została skalkulowana na podstawie realnych, dostępnych dla Odwołującego składników cenotwórczych, a oświadczenie o realności wysokości stawki godzinowej specjalisty Red Hat oparte na danych, które nie odnoszą się do wynagrodzenia dla takiego specjalisty, należy traktować jako niewykazane.

W odniesieniu do zarzutu naruszenie art. 226 ust.1 pkt 8) Ustawy oraz art. 224 ust.6 Ustawy w związku z art. 224 ust.1 Ustawy zarzut należy uznać za niezasadny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący twierdzi, że Zamawiający zarzucił mu, że nie uwzględnił w wycenie oferty ryzyka zmian kursowych i ich wpływu na wycenę oferty. W ocenie Odwołującego tego rodzaju wada wyjaśnień mogłaby mieć miejsce, gdyby wyjaśnienia Odwołującego nie odnosiły się do istotnego elementu kalkulacji ceny. Odwołujący nie został wezwany do wyjaśnienia różnic kursowych, jako istotnego elementu ceny, oraz do wskazania której z cen zaoferowanych tego rodzaju wyjaśnienia miałyby dotyczyć.

Ze stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Wskazać należy, że z wyjaśnień Odwołującego z 23 stycznia 2024 roku wynika, że przy kalkulacji ceny wsparcia nie wziął on pod uwagę ryzyka wynikającego ze zmian kursu walut. Zasadne jest zatem stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że zmiana kursu walut przekłada się na to, czy cena zakupu subskrypcji oprogramowania od producenta będzie powyżej czy poniżej ceny zaoferowanej w ofercie Odwołującego, a co za tym idzie czy Odwołujący dokona zakupu bez ponoszenia straty czy też nie. Ponadto

„w obecnej, powszechnie znanej sytuacji polityczno-gospodarczej cechującej się zmiennością okoliczności mających wpływ na kursy walut, faktyczne pominięcie ryzyka kursowego wskazuje na niedochowanie należytej staranności w dokonanej wycenie. Należy zauważyć, że przy uwzględnieniu cen z pozyskanej oferty za wsparcie na dzień składania ofert Wykonawca założył, że zakupu subskrypcji oprogramowania dokona ze stratą, którą pokryje z marży uzyskanej w wyniku przeprowadzenia konsultacji (vide: akapit 3 wyjaśnień RNC z dnia 23 stycznia 2024 r.). Obliczenie tej zaś marży oparte jest na kalkulacji odnoszącej się nie do dostępnych dla tego wykonawcy indywidualnych warunków cenowych, lecz na zupełnie nieprecyzyjnych założeniach wynikających z lektury artykułów prasowych”.

W kontekście powyższego wyjaśnienia ceny, trudno zatem zgodzić się z Odwołującym, który twierdzi, że Zamawiający odrzucił jego ofertę w sytuacji, gdy nie wyjaśnił określonego zagadnienia związanego z kalkulacją ceny zakupu wsparcia, skoro nie był o to wzywany, oraz że Zamawiający winien był wezwać Odwołującego o dalsze wyjaśnienia w kwestii różnic kursowych.

Stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest nie tylko niezrozumiałe dla Zamawiającego, ale również i dla Izby, skoro Odwołujący wezwany do wyjaśnień w zakresie istotnego elementu cenotwórczego złożonej przez siebie oferty, we własnych wyjaśnieniach podał informacje jasno wskazujące na obarczenie jego kalkulacji wadą nieuwzględnienia ryzyka kursowego i w konsekwencji skutkujące nieopłacalnością realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę lub jego opłacalnością przy przyjęciu jedynie określonych założeń co do przyszłych i niepewnych zdarzeń (określony kurs, określony efekt „gry negocjacyjnej”).

W tych okolicznościach zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Izba oddaliła również zarzut naruszenie art. 16 pkt 1) Ustawy w związku z art. 224 ust.1 Ustawy.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący upatruje naruszenia przez Zamawiającego powyższych zasad w tym,

że Zamawiający nie zwrócił się do Przystępującego z wnioskiem o wyjaśnienie istotnych elementów kalkulacji oferty, pomimo tego że stawka zaoferowana przez Przystępującego dla specjalistów Red Hat jest o 6% wyższa od Odwołującego, oraz że z pisma Przystępującego z dnia 20 grudnia 2023 roku wynika, że Przystępujący uznaje że cena jego własnej oferty jest rażąco niska z uwagi na koszt finansowania zamówienia.

Pomijając okoliczność, że w treści uzasadnienia zarzutu, sam Odwołujący wskazał, że nie podziela tezy o konieczności uwzględnienia w cenie oferty kosztu finansowania zamówienia, to na poparcie stawianego zarzutu nie przedstawił żadnej argumentacji. Odwołujący nie przedstawił również żadnego uzasadnienia na potwierdzenie, że stawka za godzinę dla konsultanta w ofercie Przystępującego wyższa o 6 % winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący posługuje się mylącym sformułowaniem: „*przy takich samych wartościach stawek oferowanych Zamawiający wezwał do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Ustawy tylko Odwołującego*”, co nie jest oparte na prawdzie. Odwołujący próbuje zrównać obie wartości stawek, pomijając całkowicie okoliczność, że stawka za godzinę konsultacji wskazana przez Przystępującego (200 PLN netto) jest o 6% wyższa od stawki wskazanej przez Odwołującego (188 PLN netto), co nie potwierdza stanowiska o takich samych wartościach stawek.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 239 ust. 2 Ustawy Pzp, z uwagi na brak przedstawienia jakiegokolwiek argumentacji, co do jego zasadności.

Zgodnie z art. 239 ust. 2 Ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem powyższego przepisu.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią tego przepisu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), 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.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożony został obowiązek wykazania przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy głośnie zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zobowiązany był wykazać łączne spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. winien wykazać, że:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Wskazać należy również, iż w doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwajgi, Warszawa 2006,

str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7).

Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu

prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada (por. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 500/21; wyrok z dnia 19 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 1156/22).

Ponadto, dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie konkretnych informacji, konieczne jest również wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ich ujawnieniem. Dopóki bowiem wykonawca, nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działania takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nawet w sytuacji, gdy dane informacje, co do zasady mogą podlegać utajnieniu, wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności, nie jest zwolniony od wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Winien zatem wykazać spełnienie wszystkich warunków przewidzianych dla takich informacji, tj. że posiadają one wartość gospodarczą oraz jakie podjął działania w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. polityka bezpieczeństwa, klauzula poufności, itp.

Obowiązkowi wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie, Zamawiający jest obowiązany odtajnić te informacje (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przechodząc do stanu faktycznego analizowanego w rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby Odwoławczy nie wykazał, że zastrzeżonym informacjom z dnia 6 lutego 2024 roku wraz z załączoną do nich ofertą alternatywnego dostawcy powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwoławczy nie wykazał na czym polega wartość gospodarcza informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jedynym argumentem Odwoławczego, który można by rozważyć w kontekście prowadzonego postępowania

to podnoszona utrata przewagi w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego - cyt.: „*Informacjami gospodarczymi podlegającymi zastrzeżeniu z uwagi*

na istotną wartość gospodarczą są:

- 1/ fakt uzyskania przez Wykonawcę oferty alternatywnego dostawcy;*
 - 2/ podmiot alternatywnego dostawcy (identyfikacja źródła zaopatrzenia);*
 - 3/ poziom uzyskanych cen i rabatów (rabaty określono w ofercie);*
- łącznie i każda z osobna.*

Zajęta przez przedsiębiorcę pozycja na liście rankingowej ofert wskazuje, iż źródło zaopatrzenia przedsiębiorcy zapewnia mu przewagę w stosunku do innych wykonawców,

co przesądza iż dane o źródle jego zaopatrzenia mają wymierną wartość gospodarczą.”

Odnosząc się do powyższego, Izba wskazuje, że w zakresie uzyskania oferty alternatywnego dostawcy oraz źródła zaopatrzenia, nie sposób uznać tej informacji jako posiadającej wartość gospodarczą, skoro znana jest wiedza o tym kto jest producentem oprogramowania oraz o jego autoryzowanych dystrybutorach. Ponadto poziom uzyskanych cen i rabatów nie przełożył się na cenę wskazaną w ofercie Odwoławczego, bowiem Odwoławczy cenę wskazaną w ofercie kalkulował w oparciu o inne dane a ofertę alternatywnego dostawcy pozyskał już po składaniu ofert. Zatem cena tego dostawcy nie była podstawą wyceny oferty. Co więcej, zajęta przez Odwoławczego pozycja w rankingu ofert nie była wynikiem kalkulacji ceny oferty w oparciu o dane wynikające z oferty alternatywnego dostawcy, lecz była wynikiem złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W tych okolicznościach wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 6 lutego 2024 roku wraz z załączoną do nich ofertą alternatywnego dostawcy nie zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U.

z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....