Sygn. akt: KIO 3422/23

WYROK

z dnia 11 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 1 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 listopada 2023 roku przez odwołującego Informex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, przy udziale eTOP spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt: KIO 3422/23

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa, (dalej: *„Zamawiający”*) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: *„Zakup usługi hostingu aplikacji webowych”* – znak postępowania: ZP/JŻE/271/II-153/23.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 9 października 2023 r., nr 2023/BZP 00434786.

W postępowaniu tym wykonawca Informex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu (dalej: *„Odwołujący”*) 13 listopada 2023 r., złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboeu oferty najkorzystniejszej i zaniechania podjęcia czynności w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez eTOP w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie prawidłowego podmiotowego środka dowodowego (referencje) potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

2)art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: *„ustawa ZNK”*) w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp 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 jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć Wykonawca ten nie dochował podstawowych obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe informacje faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznana przez Zamawiającego jako podlegająca udostępnieniu,

3)art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę eTOP 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 (zarzut ewentualny),

4)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy eTOP jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

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

b)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem nakazania odrzucenia oferty złożonej przez eTOP,

c)dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie, uzasadniając poszczególne zarzuty, Odwołujący wskazał, m.in. co następuje.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że wykonawca eTop, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Części III pkt 12.2 SWZ, wraz z ofertą złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że 23 października 2023 r. Zamawiający w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał eTop do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci m.in. wykazu usług wraz z dowodami. Odwołujący wskazał, że eTOP 26 października 2023 r. złożył podmiotowe środki dowodowe. W ocenie Zamawiającego przedłożone dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co skutkowało wezwaniem wykonawcy eTop do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący podkreślił, że w treści wezwania z dnia 2 listopada 2023 r. wyraźnie wskazano na obowiązek uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami, a także zaznaczył, że w treści wezwania wyraźnie opisano powody skierowania wezwania do uzupełnienia. Zamawiający wyznaczył termin uzupełnienia dokumentów w następujący sposób: „Wymagane podmiotowe środki dowodowe należy przesłać w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania." W ocenie Odwołującego, termin wyznaczony przez Zamawiającego upływał w dniu 6 listopada 2023 r. (5 listopada przypadał na niedzielę). Nawet jeżeli, wezwanie zostało przekazane wykonawcy w dniu 3 listopada 2023 r. to termin wyznaczony przez Zamawiającego upływał również w dniu 6 listopada 2023 r.

Odwołujący wyjaśnił, że 6 listopada 2023 r. wykonawca eTOP złożył nowy wykaz usług oraz referencję. Odwołujący podkreślił, że uzupełniona referencja nie została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, co potwierdza udostępniona przez Zamawiającego dokumentacja. Odwołujący poniósł, że w dokumentacji postępowania znajduje się także dodatkowa referencja opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym z dnia 7 listopada 2023 r. godz. 15:37. Z uwagi na datę podpisu, nie jest możliwe w ocenie Odwołującego, aby została ona złożona Zamawiającemu w terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów tj. do dnia 6 listopada 2023 r.

W ocenie Odwołującego wykonawca eTOP nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, żadna ze złożonych referencji nie potwierdza należytego wykonania zamówienia wskazanego w wykazie usług.

Z powyższych okoliczności Odwołujący wywiódł, że referencja opatrzona podpisem wykonawcy nie została złożona w wyznaczonym terminie, a zatem nie może podlegać ocenie w toku badania i oceny ofert. Odwołujący wskazał, że nie ma wiedzy w jakim trybie została przedłożona Zamawiającemu, jednak jej przyjęcie wprost narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący podkreślił, że obowiązek składania dokumentów w wyznaczonym terminie dotyczy wszystkich wykonawców.

Odwołujący wskazał, że odnosząc się do referencji nieopatrzonej podpisem wykonawcy, wskazać należy, iż nie mogła podlegać ocenie, bowiem jest wprost niezgodna z postanowieniami SWZ - Części IV pkt 13.2, 13.4-13.10 SWZ, a także analogicznymi przepisami zawartymi w § 6 ust. 2-3 oraz § 7 ust. 2-3 Rozporządzenia 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. Odwołujący wskazał, że wykonawca eTOP nie przekazał cyfrowego odwzorowania dokumentu o którym mowa we wskazanych postanowieniach. Dokumenty, których forma nie odpowiada wymaganiom SWZ oraz przepisom ustawy Pzp, nie mogą podlegać ocenie Zamawiającego, ani stanowić podstawy do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK") w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że 23 października 2023 r. Zamawiający skierował do

wykonawcy eTOP wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Przedmiotowe wyjaśnienia wraz z dowodami zostały jedynie częściowo udostępnione Odwołującemu. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu:
- Opisu kosztów platformy sprzętowej wraz z załącznikami,
- Opisu kosztów licencji programowych wraz z załącznikami,
- ewentualnie innych dokumentów załączonych do wyjaśnień RNC.

Odwołujący podniósł, że w jego ocenie, wskazane wyżej dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy eTOP. Informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone. Zdaniem Odwołującego, przedstawione uzasadnienie zasadności zastrzeżenia jest lakoniczne, zdawkowe, nie odnosi się do wszystkich ustawowych przesłanek, a co najistotniejsze nie zostało poparte żadnymi dowodami. Uzasadnienie to stanowi ogólną deklarację, a nie rzeczywiste uzasadnienie. Odwołujący poniósł, że przedstawione deklaracje w większości stanowią szablon, który może zostać wykorzystany w dowolnym postępowaniu. Punkty dotyczące braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz czynności podjętych w celu zachowania poufności nie zostały w żaden sposób opisane, wyjaśnione czy udowodnione. W zakresie tych istotnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca poprzestał na zacytowaniu fragmentu orzecznictwa oraz stanowiska UZP. Brak w tym zakresie opisu realnych działań podjętych przez wykonawcę. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w sprawie o sygn. akt KIO 9/20.

Zdaniem Odwołującego, wybrany wykonawca formułując tak ogólnikowe i niezwykle lakoniczne twierdzenia, w żaden sposób nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, co więcej wykonawca nie odnosi się do poszczególnych informacji/dokumentów/dowodów zawartych w wyjaśnieniach. Wybrany wykonawca nie wykazał w jaki sposób zastrzeżone informacje mogą posłużyć podmiotowi konkurencyjnemu w osłabieniu pozycji wykonawcy na rynku. Wybrany wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób informacje o kalkulacji do wykonania tego konkretnego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu mogłyby być wykorzystane przez innego wykonawcę. Zdaniem Odwołującego, zastrzeżone informacje nie identyfikują żadnych metod działania, które mogłyby być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. Dane zastrzeżone przez wybranego wykonawcę są szacunkami dotyczącymi konkretnych pozycji, w tym konkretnym postępowaniu, przy uwzględnieniu konkretnych wymagań Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że elementem postępowania przetargowego i zasady jawności jest właśnie prawo innych wykonawców do weryfikacji szacunków przyjętych przez konkurentów. Narzędzie to stanowi jeden z elementów gwarantujących wybór oferty, w której koszty realizacji zamówienia zostały prawidłowo skalkulowane, co przekłada się na późniejszym etapie na prawidłową realizację zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, informacje zastrzeżone przez eTop nie zawierają żadnej strategii realizacji zamówienia, gdyż dotyczą one realizacji konkretnego zamówienia, w którym brak jest elementów podlegających swobodnej ocenie wykonawców. Dla Odwołującego nie jest również jasne, w jaki to sposób inni wykonawcy mieliby zweryfikować swoje założenia materiałowe, logistyczne czy licencyjne, skoro dotyczą one konkretnego postępowania. W ocenie Odwołującego, poszczególne 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.

Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Odwołującego, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Odwołujący wskazał, że nie sprzyja to transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. 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.

Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku sygn. KIO 2427/21.

Odnośnie zarzutu ewentualnego - naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, Odwołujący zaznaczył, że zarzut ten ma charakter wyłącznie ewentualny i jest podnoszony wyłącznie na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do nakazania odtajnienia wyjaśnień ceny. W przypadku uwzględnienia zarzutu zawartego w pkt 3 lit. b) niniejszego odwołania, Odwołujący wnosi o pozostawienie przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania.

Następnie Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia przedstawione przez eTOP zawierają rażące błędy, a w konsekwencji potwierdzają wystąpienie rażąco niskiej ceny. W szczególności wiele elementów kosztowych, na które wskazuje sam eTOP, nie zostało uwzględnionych w kalkulacji kosztów.

Koszty pracy – Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa hostingu aplikacji webowych Zamawiającego wraz ze wsparciem administracyjnym i programistycznym. Tym samym, realizacja zamówienia wiąże się z koniecznością zapewnienia wysoko wykwalifikowanej kadry inżynierów (programiści i administratorzy IT). Z uwagi na rozpiętość zadań każdy wykonawca będzie musiał ponieść w tym zakresie wysokie koszty. Zdaniem Odwołującego,

Wykonawca eTOP sam przyznał, iż zapewnienie wysoko wykwalifikowanej kadry jest kluczowym elementem zamówienia. Jednocześnie z udzielonych wyjaśnień wynika, że koszt ten w żaden sposób nie został uwzględniony w cenie ofertowej. Odwołujący poniósł, że nie jest prawdą, że skoro wykonawca ponosi pewne stałe koszty, które nie mają dla niego charakteru dodatkowego (nowego), to nie musi ich uwzględniać w cenie ofertowej. Każdy wykonawca powinien uwzględnić koszt w postaci zapewnienia koniecznego personelu, nawet jeżeli jest to personel stale przez niego zatrudniany. Brak ujęcia w cenie oferty kosztów niezbędnego personelu potwierdza rażąco niską cenę. Brak jakiejkolwiek kalkulacji kosztów w tym zakresie (ilość osób/roboczogodzin potrzebnych do realizacji zamówienia) potwierdza wadliwość przedstawionych wyjaśnień. Koszty zapewnienia personelu to koszty kluczowe, które nie zostały w żaden sposób uwzględnione w cenie oferty, ale także nie zostały w żaden sposób skalkulowane i wyjaśnione.
Koszty przyłącza – zdaniem Odwołującego Kolejny raz wykonawca eTop wskazał na istotne koszty, które analogicznie jak w poprzednim przypadku nie zostały uwzględnione w cenie oferty. Odwołujący ponownie wskazał, że nie jest prawdą, że skoro wykonawca ponosi pewne stałe koszty, które nie mają dla niego charakteru dodatkowego (nowego), to nie musi ich uwzględniać w cenie ofertowej. Wykorzystywanie przyłącza wiąże się z ponoszeniem stałych kosztów, a także rozliczaniem bieżących kosztów w zależności od transferów. Brak ujęcia w cenie przedmiotowych kosztów potwierdza rażąco niską cenę. Brak jakiejkolwiek kalkulacji kosztów w tym zakresie potwierdza wadliwość przedstawionych wyjaśnień.
Transmisja danych/sieć światłowodowa – Odwołujący wskazał, że okoliczność, iż wykonawca posiada sieć światłowodową nie oznacza, że nie musi uwzględniać kosztów ponoszonych w zakresie jej wykorzystywania w realizacji zamówienia. Ponadto, sieć światłowodowa wymaga utrzymywania/konserwacji. Odwołujący wskazał także, iż przedstawione wyjaśnienie jest irracjonalne. Posiadanie własnej sieci na pewnym obszarze nie może oznaczać braku ponoszenia koszów transmisji danych. Ponadto Odwołujący przypomniał, że przedmiotem zamówienia jest hosting, w którym kluczową rolę pełnią łącza operatorskie dostępu do sieci Internet – nie wycenione i nie ujęte w żaden sposób przez eTOP, a przed którymi szczególne wymagania postawił Zamawiający w OPZ.
Kolokacja/dzierżawa sprzętu – zdaniem Odwołującego w cenie ofertowej eTOP nie uwzględnił kosztów kolokacji oraz dzierżawy sprzętu. Z twierdzeń samego wykonawcy wynika, że posiadanie własnego centrum danych jedynie obniża koszty, a nie niweluje je do zera. Tymczasem, żadnych kosztów w tym zakresie nie uwzględniono w przestawionej kalkulacji ceny. Jest to kolejna pozycja, która nie została wyceniona, a następnie ujęta w kalkulacji.
Koszty wdrożenia i utrzymania – Odwołujący poniósł, że po pierwsze, eTOP nie jest wykonawcą realizującym uprzednio przedmiotowe zamówienie dla Zamawiającego. Po drugie, posiadanie procedur wdrożeniowych przy realizacji innych zamówień nie może oznaczać, że wykonawca nie poniesie żadnych kosztów związanych z wdrożeniem i przystąpieniem do świadczenia usługi. Jest to kolejna grupa kosztów wskazywana przez eTOP, która nie została w żaden sposób skalkulowana, a następnie uwzględniona w cenie ofertowej.
Koszty energii elektrycznej – Odwołujący wskazał, że przedstawiony przez eTOP koszt energii elektrycznej nie został przede wszystkim w żaden poparty dowodami na cenę energii za 1kWh (np. faktury lub umowy na zakup energii, opłaty dystrybucyjne i opłaty pozostałe) i w istotny sposób zaniżony. W ocenie Odwołującego, nawet przyjęcie przedstawionego zużycia potwierdza istotne zaniżenie kosztów w tym zakresie, co zostanie wykazane w trakcie rozprawy.
Inne koszty – Odwołujący wskazał, że porównanie opisu przedmiotu zamówienia z wyjaśnieniami ceny pokazuje, że wykonawca eTOP w swojej kalkulacji nie uwzględnił szeregu istotnych elementów zamówienia, które następnie przekładają się na konieczne do poniesienia koszty, w szczególności zapewnienie wsparcia administracyjnego i programistycznego „dzień po dniu" bez ograniczeń godzinowych, w tym w zakresie w zakresie bezpieczeństwa, wydajności i optymalizacji środowiska dla hostowanych aplikacji webowych, w tym aż do poziomu kodu aplikacji (bezpośredni wymóg OPZ) co do szczegółowego zakresu wsparcia, zapewnienia ochrony infrastruktury, aktualizacji optymalizacji, przygotowywania raportów, zapewnienia publicznych adresów IPv4, zapewnienia łącz, wymagań bezwzględnych dla panelu administratora i użytkowania, wymagań opcjonalne dla panelu administratora i użytkowania, Proces migracji aplikacji webowych Zamawiającego z dotychczasowego środowiska hostingowego do usługi hostingu Wykonawcy, istotnych niestandardowych działań.
W ocenie Odwołującego, fakt nie uwzględnienia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny części koniecznych do realizacji tego zamówienia kosztów oznacza, że wykonawca eTOP nie oszacował oferty w sposób jaki można by oczekiwać od profesjonalnego podmiotu świadczącego tak specjalistyczne usługi tj. należyty i rzetelny, jednocześnie nie wyjaśnił wątpliwych kwestii, a zatem nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Wiele pozycji kosztowych nie zostało w żadnej sposób skalkulowanych, a następnie uwzględnionych w cenie oferty.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że cena zaoferowana przez eTOP w sposób znaczący odbiega od cen poprzednio oferowanych przez tego wykonawcę w innych podobnych postępowaniach, w których udział brał również Odwołujący, a także od cen prezentowanych publicznie.

Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku KIO 1277/22. Odwołujący wskazał, że za

odrzuceniem oferty eTOP na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przemawia to, że:

- dla odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie jest konieczne wykazanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę – wystarczy, że z wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz przedłożonych dowodów nie będzie wynikać, że cena lub koszt są uzasadnione (a więc np. gdy wykonawca powoła się na daną okoliczność wpływającą na obniżenie ceny, ale jej nie udowodni i nie uwzględni w cenie) – bez wątpienia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny eTOP nie uzasadniają przywołanych przez ww. wykonawcę cen, które składają się na jego ofertę,
- w każdym przypadku, gdy możliwe jest przedstawienie dowodu na potwierdzenie okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, należy taki dowód przedłożyć, czego wykonawca eTOP zaniechał.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, powoduje obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że 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 powyżej 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.

Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty „eTOP", pomimo, że nie jest ona najkorzystniejsza. Zatem taki sposób rozstrzygnięcia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Reasumując, jak dowodzi niniejsze odwołanie, oferta „eTOP" nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu postanowień SWZ oraz przepisów ustawy Pzp.

W złożonej pismem z 27 listopada 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający odniósł się do podniesionych zarzutów. Przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił eTOP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: *„Przystępujący"*).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści dokumentacji zamówienia, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do umowy) Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest usługa hostingu aplikacji webowych Zamawiającego wraz ze wsparciem administracyjnym i programistycznym. Zamawiający wymagał od wykonawcy udzielenia wsparcia administracyjnego i programistycznego dla hostowanych aplikacji webowych w zakresie bezpieczeństwa, wydajności i optymalizacji środowiska bez ograniczeń godzinowych. Zamawiający wskazał ponadto, że będzie prosił o wskazanie fragmentów kodu aplikacji, który powoduje problemy, i o sugestie rozwiązań/poprawek, w celu wyeliminowania błędów w działaniu i problemów z wydajnością. Zamawiający zaznaczył, że w ramach ceny za przedmiot Zamówienia, Zamawiający uzyskuje dostęp do opisanych poniżej funkcjonalności i zasobów, bez konieczności ponoszenia jakichkolwiek dodatkowych kosztów za sprzęt, licencje, serwis czy usługi wykorzystywane do utrzymania i funkcjonowania chmury hostingowej.

Jak natomiast wynika z §12 ust. 4, 5 i 24 wzoru umowy:

„4.Wykonawca będzie przetwarzał powierzone na podstawie Umowy następujące rodzaje danych osobowych: dane szczególne oraz dane dotyczące następujących kategorii osób: pracowników Zamawiającego oraz petentów w postaci imion i nazwisk, adresu zamieszkania, adresu poczty elektronicznej, nr PESEL, wizerunku wyłącznie w celu realizacji Umowy.

5.Wykonawca zobowiązuje się przy przetwarzaniu danych osobowych podczas realizacji niniejszej Umowy do ich zabezpieczenia poprzez stosowanie odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, zapewniających adekwatny stopień bezpieczeństwa, odpowiadający ryzyku związanemu z przetwarzaniem danych osobowych, o którym mowa w art. 32 RODO oraz wydanych na jego podstawie krajowych przepisów z zakresu ochrony danych osobowych. (…)

24.Zamawiający informuje Wykonawcę, iż w jego organizacji obowiązuje Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Urzędzie m.st. Warszawy, stanowiącą załącznik do zarządzenia nr 483/2018 Prezydenta m.st. Warszawy z dnia 20 marca 2018 roku. Polityka Bezpieczeństwa Informacji w Urzędzie m.st. Warszawy znajduje się w Biuletynie Informacji Publicznej i jest powszechnie dostępna. Wykonawca zobowiązuje się do zapoznania się z postanowieniami tego dokumentu, do przestrzegania jego postanowień, do zobowiązania do zapoznania i przestrzegania tych postanowień wszystkich osób, z pomocą których będzie wykonywał niniejszą Umowę oraz do przedłożenia Zamawiającemu stosownych w tym zakresie oświadczeń, podpisanych przez siebie i wszystkie osoby, które w imieniu Wykonawcy będą realizowały niniejszą Umowę. Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 5 do Umowy. Oświadczenia muszą być przedłożone nie później niż w ciągu 5 dni od dnia zawarcia Umowy lub od dnia powierzenia danej osobie przez Wykonawcę do wykonania obowiązków związanych z realizacją niniejszej Umowy. Nieprzedłożenie oświadczeń może skutkować podjęciem przez Zamawiającego decyzji o rozwiązaniu Umowy z zachowaniem przez Zamawiającego prawa do dochodzenia kary umownej w wysokości 30% kwoty wskazanej w § 7 ust. 1 Umowy. Z prawa do odstąpienia od Umowy przewidzianego w niniejszym ustępie Zamawiający może skorzystać w terminie 30 dni roboczych od stwierdzenia naruszenia, o którym mowa powyżej."

§13 wzoru umowy stanowi:

„§ 13 Poufność informacji

Wykonawca zobowiązuje się do zachowania w tajemnicy, tak w okresie obowiązywania niniejszej Umowy, jak również po jej zakończeniu, wszystkich danych pozyskanych przy wykonywaniu niniejszej Umowy, a także innych informacji mogących mieć charakter poufny. Wszelkie dane, które Wykonawca otrzymał od Zamawiającego, a co do których nie ma uzasadnienia dalszego przechowywania muszą być trwale usunięte. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić przestrzeganie zasad poufności przez wszystkie osoby, którymi posługuje się przy realizacji zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy."

Pismem z 23 października 2023 r., Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie.

Następnie pismem z 2 listopada 2023 r., Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie usług.

Na podstawie pliku o nazwie „2023.11.03_Wydruk korespondencji.pdf", Izba ustaliła, że wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zostało przekazane do Przystępującego za pośrednictwem platformy, na której prowadzone jest postępowanie, 3 listopada 2023 r., o godz. 10:47.

W odpowiedzi na powyższe zostały Zamawiającemu przedstawione dwa tożsame w treści dokumenty referencji. Różnica między tymi dokumentami polega na tym, że jeden z nich nie zawiera podpisu, lecz ma postać skanu. Natomiast drugi z nich został opatrzony podpisem elektronicznym z datą 7 listopada 2023 r.

Ww. pismem z 23 października 2023 r., Zamawiający zwrócił się ponadto do Przystępującego z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający w treści wezwania wskazał, że zaaferowana przez Przystępującego cena jest o 58,89% niższa od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, a także o 39,75% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wobec powyższego wezwał Przystępującego do złożenia: wyjaśnień w postaci szczegółowej kalkulacji ceny oraz dowodów (Zamawiający poczynił zastrzeżenie o treści *„jeśli je Państwo posiadają"*) potwierdzające wyliczenia uwidocznione w kalkulacji. Zamawiający wskazał, że kalkulacja powinna zawierać wszystkie wymagania wskazane w OPZ, a w szczególności wymagania bezwzględne dla usługi hostingu w zakresie pkt 1, 6, 16, 21 i 22 ewentualnie pozostałe koszty składające się na realizację przedmiotu zamówienia.

Pismem z 26 października 2023 r. Przystępujący odpowiedział na ww. wezwanie, złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając w tym zakresie uzasadnienie. Izba ustaliła, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały dwa załączniki, tj. załącznik nr 3 „Opis kosztów platformy sprzętowej" wraz z załącznikami oraz załącznik nr 4 „Opis kosztów licencji programowych" wraz z załącznikami.

8 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą podniesionych w odwołaniu zarzutów.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 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.

art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.

2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) oraz ust. 8 ustawy Pzp

art. 239 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

2. 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.

Izba stwierdziła, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp

Zarzut podlegał oddaleniu jako niezasadny. Istota zarzutu sprowadza się do twierdzenia, że wymagany dokument w postaci referencji nie został uzupełniony w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie w wymaganej formie z uwagi na datę wezwania Przystępującego, za którą Odwołujący przyjął datę znajdującą się na piśmie zawierającym wezwanie, tj. 2 listopada 2023 r.

Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 111 § 2 kodeksu cywilnego, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Natomiast art. 8 ustawy Pzp stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych

stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (ust. 1). Ponadto, jak wynika z ust. 4, termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze. Ust. 5 precyzuje natomiast, że dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.

Z poczynionych przez Izbę ustaleń faktycznych oraz ze stanowiska Zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie wynika, że pismo wzywające Przystępującego do uzupełnienia spornego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług wskazanych w treści wykazu (referencji), choć zostało sporządzone 2 listopada 2023 r. (czwartek), faktycznie zostało przekazane Przystępującemu 3 listopada 2023 r. (piątek). Wspomnieć w tym miejscu należy, że zarzut tej okoliczności faktycznej nie uwzględnia. Mając na uwadze więc treść art. 8 ust. 4 ustawy Pzp, a także ust. 5, który stanowi, że sobota nie jest na gruncie przepisów ustawy Pzp uznawana za dzień roboczy, stwierdzić należy, że wykonawca miał czas na odpowiedź na wezwanie do 7 listopada 2023 r., tj. do wtorku. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający potwierdził że uzupełnienie podpisanej referencji miało miejsce 7 listopada 2023 r. Odwołujący tej okoliczności nie kwestionował. Zatem Przystępujący, który uzupełnił sporny dokument 7 listopada 2023 r., uczynił to w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Tym samym stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane na rozprawie jest prawidłowe i zasługiwało na uwzględnienie.

Zwrócić uwagę należy, że norma wskazana w treści art. 8 ust. 4 ustawy Pzp ma charakter generalny, nie jest to przepis kierowany wyłącznie do Zamawiającego, czy wykonawcy, zatem w ocenie Izby zastosowanie dyspozycji tej normy nie jest uzależnione od uwzględnienia jej w treści wezwania. Zamawiający w wezwaniu wyznaczył termin na uzupełnienie dokumentów w następujący sposób *„Wymagane podmiotowe środki dowodowe należy przesłać w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania”* i w ocenie Izby powinien być on policzony z uwzględnieniem brzmienia art. 8 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz art. 111 kodeksu cywilnego.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Zarzut został oddalony z następujących powodów.

Jedną z naczelnych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji m.in. od tego, czy wykonawca *„wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”*. W orzecznictwie wskazuje się, że skoro ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem *„wykazał”*, nie jest wystarczające samo *„oświadczenie”* czy *„deklarowanie”*, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg, zbliżony do *„udowodnienia”*.

Niemniej jednak, zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy, nie sposób pominąć stanowisko wyrażone przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej:*„TSUE”*) w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO C-54/21. W pkt 55 tego wyroku TSUE zwrócił uwagę, że pojęcie *„tajemnica przedsiębiorstwa”* jest węższe od pojęcia *„ochrona poufności”*. W pkt 58 wyroku zwrócono uwagę na konieczność zapewnienia wyważenia między tajemnicą przedsiębiorstwa a poufnością. W pkt 62 zauważono natomiast, że przepisy krajowe wymagające podania do wiadomości publicznej wszelkich informacji, jakie zostały przekazane instytucji zamawiającej przez wykonawców mogą uniemożliwiać zamawiającemu podjęcie decyzji o nieujawnieniu niektórych informacji, w sytuacji gdy te informacje nie były objęte pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast w pkt 63 wskazano, że instytucja zamawiająca powinna mieć możliwość odmówienia w drodze wyjątku ujawnienia informacji, które mimo że nie wchodzą w zakres pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa powinny zostać niedostępne ze względu na interes lub cel, o których mowa w art. 50 i 55 dyrektywy 2014/24. W pkt 83 TSUE potwierdził, że m.in. opis sposobu wykonania zamówienia może mieć wartość handlową w stosownych przypadkach, a ujawnienie może tą wartość bezpodstawnie naruszyć.

W ocenie Izby Odwołujący zasadnie wskazał mankamenty uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego. Nie jest to uzasadnienie spełniające w sposób niewątpliwy i *„podręcznikowy”* wszystkie wymagania stawiane przez ustawę tego rodzaju uzasadnieniom. Przystępujący podjął próbę wykazania poszczególnych przesłanek ale wskazał szczątkowe uzasadnienie. Jednak Izba nie mogła pominąć przy rozpoznawaniu zarzutu stanowiska Zamawiającego przedstawionego podczas rozprawy, gdzie Zamawiający oświadczył, że w spornych załącznikach Przystępujący zawarł szczegółowe informacje na temat oprogramowania, które przewidział do realizacji zamówienia, w tym oprogramowanie istotne ze względu na bezpieczeństwo i sam Zamawiający nie jest zainteresowany aby tego rodzaju informacje zostały ujawnione, biorąc pod uwagę, że potencjalnie możliwa jest realizacja przedmiotu zamówienia przez Przystępującego. Ponadto Zamawiający podkreślił, że opisał przedmiot zamówienia przez pryzmat funkcjonalności i nie wymagał aby w ofercie wykonawcy przedstawiali mu tak szczegółowe informacje w zakresie zastosowanego rozwiązania.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że w rozpoznawanym stanie faktycznym, mimo mankamentów zaprezentowanego przez Przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spornych załączników, załączniki te zasługują na ochronę.

Ad zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp (zarzut ewentualny)

Zarzut podlegał oddaleniu z następujących powodów. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że istotna dla oceny zasadności zarzutu jest jego treść, tj. powołane w uzasadnieniu zarzutu okoliczności faktyczne, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne. Oceniając zarzut w przedmiocie rażąco niskiej ceny, istotne jest więc polemika z treścią złożonych wyjaśnień. Niewątpliwie Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu podjął taką polemikę. Po drugie jednak, wskazać należy, że nie sposób oceniać złożone wyjaśnienia w przedmiocie ceny z pominięciem treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego do wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Zwrócić należy uwagę, że wezwanie z 23 października 2023 r. do wyjaśnienia ceny miało ograniczony zakres, Zamawiający wskazał bowiem: *„Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w postaci szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny oraz dowodów (jeśli je Państwo posiadają) potwierdzających wyliczenia uwidocznione w kalkulacji. Kalkulacja zaoferowanej ceny powinna uwzględniać wszystkie wymagania zawarte w OPZ, a w szczególności wymagania bezwzględne dla usługi hostingu w zakresie 1, 6, 16, 21 i 22 i ew. pozostałe koszty składające się na realizację przedmiotu zamówienia”*. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia mogą zawierać też inne wskazania i dowody, które wpłynęły na cenę oferty. Ponadto Zamawiający poinformował Przystępującego, że przepis art. 224 ust. 3 ustawy Pzp zawiera przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Z powyższego wezwania zdaniem Izby wynika, że Zamawiający wezwał Przystępującego do obligatoryjnego wyjaśnienia wymagań bezwzględnych dla usługi hostingu w zakresie 1, 6, 16, 21 i 22, natomiast pozostałe czynniki cenotwórcze mogły zostać wyjaśnione. Na podstawie OPZ Izba ustaliła, że pkt 1 odnosi się do wymogu zapewnienia przez wykonawcę w ramach usługi środowiska hostingowego o minimalnych parametrach usługi na obsługę stron www i baz danych, wskazanych szczegółowo przez Zamawiającego w OPZ. Pkt 6 to wymaganie, zgodnie z którym wykonawca zapewni codzienne wykonywanie kopii zapasowej każdej z hostowanych aplikacji webowych i przechowywanie ich przez 21 dni. Wykonywanie kopi zapasowej nie może powodować przerw w funkcjonowaniu aplikacji. Pkt 16 odnosi się do wymogu przeznaczenia 200 publicznych adresów IPv4 na potrzeby aplikacji Zamawiającego. W pkt 21 wskazano wymóg, zgodnie z którym pojedyncza aplikacja webowa nie może otwierać się dłużej niż 3 sekundy w przeglądarce. Jeżeli złożoność i budowa aplikacji będą powodowały dłuższe jej otwieranie, obowiązkiem Wykonawcy będzie wskazanie problemu w kodzie aplikacji lub/oraz jej przeniesienie na wydajniejsze zasoby sprzętowe. Natomiast w pkt 22 sformułowano wymóg zagwarantowania bezawaryjnej łączności do środowiska hostingowego z Internetem poprzez dwa redundantne łącza z gwarantowanym dla aplikacji Zamawiającego pasmem (CIR) o przepustowości co najmniej 1 Gbit/s.

W tym miejscu dotrzeć należy, że Odwołujący w treści zarzutu nie kwestionował samej treści wezwania z 23 października 2023 r. skierowanego do Przystępującego w zakresie ceny.

W zakresie, w jakim zarzut odnosi się do kosztów pracy, Izba zwraca uwagę, że wezwanie z 23 października 2023 r. nie zawierało wprost wymogu opisania tego kosztu. Zarzut nie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnienia tego zakresu składającego się na cenę. Odwołujący, dostrzegając, że Przystępujący w pkt 2.2 tiret drugi wyjaśnień z 26 października 2023 r. wskazał, że ma zatrudniony Dział Administracji Technicznej wskazał, że ma zatrudnionych pracowników w oparciu o umowę o pracę, nie przewiduje zatrudnienia dodatkowego personelu, wobec tego ten element *„nie ma wpływu na koszt wykonania usługi”* wywodzi, że Przystępujący nie uwzględnił tego kosztu. Zdaniem Izby taki wniosek jest na tym etapie zbyt daleko idący. Izba wzięła w tym zakresie również pod uwagę stanowisko Przystępującego wyrażone podczas rozprawy, zgodnie z którym przewidział on możliwość zastosowania dużego poziomu automatyzacji. Wobec powyższego, w ocenie Izby tak lakonicznie opisany koszt pracy nie daje podstawy na tym etapie do wyprowadzenia tak kategorycznych wniosków jak czyni to Odwołujący w treści zarzutu.

Podobnie sytuacja wygląda w zakresie zarzutu odnoszącego się do opisania kosztów przyłącza. W tym zakresie Przystępujący w treści wyjaśnień wskazał lakonicznie *„koszt przyłącza do Usługi jest niezależny od jej wykonywania lub nie”*. Przede wszystkim w treści zarzutu Odwołujący nie wskazuje na wysokość kosztów stałych czy kosztów bieżących w zależności od transferów. W tym zakresie nie wskazano w treści zarzutu o ile oferta Przystępującego mogłaby być niedoszacowana. Podobnie sytuacja wygląda w zakresie zarzutu dotyczącego transmisji danych/sieci światłowodowej. Ponadto zwrócić należy uwagę, że Przystępujący wskazał jedynie, że *„nie ma dodatkowych kosztów transmisji danych przy wdrożeniu usługi”*, natomiast Odwołujący nie wykazał w treści zarzutu ewentualnej wysokości takiego kosztu. Analogicznie jest w przypadku zarzutu donoszącego się do kolokacji/dzierżawy sprzętu. Wskazane w odwołaniu okoliczności mogłyby ewentualnie zostać wyjaśnione w drodze dodatkowego wezwania, jednak Odwołujący nie

sformułował w odwołaniu takiego zarzutu.

Dostrzec też należy, że w wyjaśnieniach z 26 października 2023 r. Przystępujący powołał się na okoliczności mu właściwe, odnoszące się do specyfiki prowadzonej działalności, jej charakteru i uwarunkowań, które przekładają się na zaoferowaną cenę oferty, takie jak fakt, że jest operatorem telekomunikacyjnym świadczącym usługi dostępu do sieci Internet i wymieniającym się ruchem internetowym, fakt posiadania własnego centrum danych oraz własnej sieci światłowodowej, czy stałej kadry. Zdaniem Izby Odwołujący pomija powyższą okoliczność, koncertując swoją uwagę w treści zarzutu jedynie na brakach wskazania poszczególnych kosztów w treści wyjaśnień. Jednak odnotować trzeba, że w wezwaniu Zamawiający nie narzucił Przystępującemu określonej metodyki sporządzenia kalkulacji zatem nie sposób czynić na tym etapie zarzutu wobec Przystępującego, że wyjaśniając cenę oferty uznał za adekwatne uczynienie tego przez ukazanie relacji wysokości kosztów dedykowanych wyłącznie dla usługi w wysokości 44% oraz pozostałych kosztów wynoszących 56%. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo wywnioskował, że w tej ostatniej wartości zawierają się wszystkie pozostałe koszty, a więc również opisane w treści wyjaśnień lecz których konkretne wartości nie zostały podane, w tym zysk. Odwołujący natomiast w treści odwołania nie wykazał, że nie jest możliwe w warunkach, w jakich działa Przystępujący, wykonać zamówienie za zaoferowaną przez niego cenę.

Dowody złożone przez Odwołującego nie mogły przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Po pierwsze, w ocenie Izby są one spóźnione, ponieważ okoliczności w nich wskazane nie zostały powołane na etapie odwołania. Ponadto przedstawiona kalkulacja nie jest w ocenie Izby wiarygodna, po pierwsze nie uwzględnia warunków w jakich działalność prowadzi Przystępujący, a ponadto jak wsadzali trafnie Zamawiający i Przystępujący, opiewa ona na kwotę przewyższającą nawet wartość oferty Odwołującego. Podobnie wydruki ze stron internetowych nie odnoszą się do specyfiki usługi będącej przedmiotem tego zamówienia. Pozostałe dowody nie miały żadnego znaczenia w tej sprawie.

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 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…