

Sygn. akt: KIO 2215/23

Wyrok

z dnia 14 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2023 r. przez wykonawcę **APIUS TECHNOLOGIES S.A. z siedzibą w Krakowie** postępowaniu prowadzonym przez **Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **A.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Sieciowe Systemy Informatyczne, A.K. z siedzibą w Oławie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę **APIUS TECHNOLOGIES S.A. z siedzibą w Krakowie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **APIUS TECHNOLOGIES S.A. z siedzibą w Krakowie** rzecz **Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 groszy** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....
Sygn. akt: KIO 2215/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej ul. Podchorążych 38; 00-463 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i wdrożenie urządzeń firewall”, numer referencyjny: BF-IV.2370.8.2023, dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 maja 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 094-289764.

Odwołujący: APIUS Technologies S.A. z/s w Kraków wniósł dnia 28 lipca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania i wskazał, że w toku postępowania Zamawiający naruszył następujące przepisy:

1.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 z późn. zm.), dalej: „uznk” w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sieciowe Systemy Informatyczne A.K. (dalej: „2SI”), pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu ceny oferty poniżej kosztów realizacji zamówienia, w szczególności – poniżej kosztów zakupu oferowanego rozwiązania;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu odrzucenia oferty:

2.art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy 2SI do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub istotnych części składowych, mimo że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty 2SI jako najkorzystniejszej;
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
- 3.odrzucenia oferty 2SI; ewentualnie:
- 4.wezwania 2SI do wyjaśnień w zakresie ceny oferty w trybie art. 224 ust. 1 Pzp;
- 5.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu i ma realną szansę na uzyskanie zamówienia.

UZASADNIENIE

W warunkach zamówienia zawarto m.in. następujące wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, które mają istotny wpływ na koszty jego realizacji:

1.Zgodnie z pkt III.5 SWZ, dostarczony sprzęt ma być fabrycznie nowy, nie używany wcześniej przez inny podmiot i wyprodukowany nie wcześniej niż w 2022 r. Musi pochodzić z autoryzowanego kanału sprzedaży producentów na rynek polski i musi być objęty serwisem oraz wsparciem technicznym przez 60 miesięcy od daty dostawy. Nie dopuszcza się zastosowania urządzeń tzw. „Refurbished”.

2.W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi także wykonanie usług wdrożenia, przeprowadzenie certyfikowanego szkolenia dla 4 osób w wymiarze min. 40 godzin szkoleniowych oraz świadczenie wsparcia przez okres 60 miesięcy w zakresie zmian konfiguracji, aktualizacji i rozwiązywania bieżących problemów i awarii.

Oferty w postępowaniu złożyło 3 wykonawców, każdy zaoferował to samo rozwiązanie spełniające wymagania SWZ: firewall model PA-1420 produkcji Palo Alto Networks.

1.Na rynek polski, wyłącznym sposobem nabycia produktów w autoryzowanym kanale dystrybucji Palo Alto jest zakup urządzeń za pośrednictwem autoryzowanego dystrybutora, którym jest firma Clico sp. z o.o. Wykonawcy, w celu zachowania zgodności z wymaganiami pkt III.5 SWZ zobowiązani byli dokonać zakupu w autoryzowanym kanale sprzedaży, tj. zgodnie z polityką odsprzedaży producenta Palo Alto Networks oraz za pośrednictwem autoryzowanego dystrybutora na rynek polski.

2.Zachowując zasady uczciwej konkurencji, dystrybutor oferuje wykonawcom ceny zgodne z obowiązującą u producenta polityką cenową, której jedną z zasad – znaną wykonawcom i zaakceptowaną w ramach zawartych z producentem umów odsprzedaży – jest uzyskiwanie cen zakupu dostosowanych do poziomu partnerstwa, jaki posiada dany wykonawca zgodnie z polityką producenta, tzn. ceny uzyskiwane przez partnera o niższym poziomie mogą być takie same albo nie bardziej korzystne niż warunki oferowane partnerowi na wyższym poziomie partnerstwa.

3.Cena oferty, tj. cena odsprzedaży zakupionych produktów, musi zatem uwzględniać ofertę dystrybutora udzielaną zainteresowanym wykonawcom na poziomie zgodnym z ich statusem partnerskim (lub jednakowym dla wszystkich partnerów) oraz w zależności od przyjętej konfiguracji urządzeń.

4.Ponieważ cena zakupu oferowanych produktów stanowi najistotniejszy element cenotwórczy oferty na realizację przedmiotu zamówienia, Wykonawca dokonując rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, powinien być uzyskać ofertę na zakup urządzeń w autoryzowanym kanale dystrybucji i dokonać ustalenia ceny ofertowej na poziomie zapewniającym pokrycie kosztów zakupu urządzeń oraz pozostałych kosztów realizacji zamówienia.

W tym kontekście cena zaoferowana przez 2SI jest zdecydowanie poniżej kosztów wykonania świadczenia, tj. nie pozwala w żaden sposób na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, przy zapewnieniu zgodności z wymaganiami SWZ i zakupie produktów w autoryzowanym kanale dystrybucji i z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

1.Wykonawca 2SI posiada najniższy stopień (lub nie posiada w ogóle) partnerstwa Palo Alto Networks, zaś podmiot udostępniający mu zasoby nie posiada w ogóle statusu partnerskiego, zgodnie z listą partnerów publikowaną w sieci przez Palo Alto Networks. Przy zachowaniu zgodności z polityką cenową producenta, cena netto urządzeń PA-1420 w najtańszej z możliwych konfiguracji spełniających wymagania określone w SWZ to kwota na poziomie 257 000 USD (czyli po przeliczeniu wg kursu NBP na dzień 16.06.2023 r., tj. 4,0715 zł za 1 USD: 1 046 475,5 PLN netto).

2.Jakkolwiek koszt zakupu urządzeń może różnić się w zależności od zastosowanej konfiguracji, cena zakupu rozwiązania spełniającego wymagania SWZ nie może być niższa niż poziom wskazany powyżej, który przewyższa cenę netto złożonej przez 2SI oferty.

3. Cena zaoferowana przez 2SI to kwota 982 000 zł netto, która powinna pokrywać, także pozostałe, obok kosztu samych urządzeń, koszty konieczne do poniesienia w celu realizacji zamówienia, nie mówiąc już o marży Wykonawcy.

4. Do kosztów tych należy wykonanie usług wdrożenia oraz certyfikowanych szkoleń, zapewnienie 5-letniego wsparcia merytorycznego. Mając na uwadze, że realizacja tych usług wiąże się z koniecznością poniesienia kosztów osobowych personelu posiadającego odpowiednie kwalifikacje (wynagradzanego na poziomie wyższym niż wynagrodzenie minimalne wynikające z przepisów odrębnych), łączna wartość tych usług to koszt na poziomie minimum 80 000 PLN netto.

5. Różnica między ww. kwotami (bez uwzględnienia ryzyka projektowego, kosztów stałych i zysku Wykonawcy) to kwota rzędu 144 475,50 PLN, co przesądza o rażącości, bo o ponad 100 000 zł, zaniżeniu ceny oferty w stosunku do kosztów realizacji świadczenia. Wykonawca nie jest w stanie wykazać oszczędności pozwalających na zniwelowanie tej różnicy w sposób, który pozwalałby na uznanie, że zaoferowana cena jest odpowiednia do kosztów, jakie musi ponieść w celu wykonania zamówienia.

6. Obiektywnie nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z SWZ po zaoferowanej przez 2SI cenie. Albo Wykonawca nie dokonał rzetelnej kalkulacji kosztów zakupu produktów w autoryzowanym kanale dystrybucji albo zamierza naruszyć wymagania SWZ oraz warunki kontraktowe Palo Alto, nabywając urządzenia po niższej cenie, z pominięciem autoryzowanego kanału dystrybucji na rynek polski. Rozpatrując cenę przy zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego – cena zaoferowana przez 2SI jest ceną poniżej kosztów realizacji zamówienia i w rażącości stopniu zaniżoną.

X. Oferowanie odsprzedaży urządzeń poniżej kosztów ich zakupu, jak również wykonania usług poniżej kosztów ich świadczenia, stanowi stypizowany w ustawie (art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk) czyn nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca oferując cenę ewidentnie niższą niż faktyczne koszty, działa na szkodę i z naruszeniem interesów pozostałych uczestników rynku, uniemożliwiając im dostęp do realizacji zamówienia. Jest to praktyka zmierzająca do eliminacji konkurentów i niedopuszczalna, gdyż oznacza, że Wykonawca decyduje się co prawda na poniesienie straty w ramach takiego zamówienia, ale pozbawia pozostałych konkurentów realnych szans konkurowania i możliwości nie tylko uzyskania przedmiotowego zamówienia, ale także doświadczenia potrzebnego dla konkurowania o uzyskanie kolejnych zamówień.

Stosownie do art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis może stanowić samodzielną podstawę ustalenia, że Wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji i – podstawę dla odrzucenia oferty.

W opisanym stanie faktycznym, ewidentnym jest naruszenie zasad uczciwej konkurencji i dobrych obyczajów przez wykonawcę 2SI, którego oferta została złożona poniżej obiektywnie ustalonej ceny zakupu zaoferowanych produktów. Odwołujący, który dokonał rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego oraz uzyskaną od dystrybutora ofertą, został pozbawiony możliwości uczciwego konkurowania o udzielenie zamówienia, niezależnie od właściwych dla siebie okoliczności umożliwiających mu oferowanie ceny za realizację zamówienia, która byłaby ceną konkurencyjną w warunkach rynkowych (bez naruszenia uczciwej konkurencji, którego dopuścił się Wykonawca 2SI).

Ewentualnie, nawet jeśli uznać, że oferta 2SI nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, podniesione okoliczności budzą uzasadnione i poważne wątpliwości co do charakteru zaoferowanej ceny i możliwości pokrycia w jej ramach obiektywnych kosztów.

Cena 2SI jako cena, która jest niższa niż minimalne koszty realizacji wynikające z dobranego przez Wykonawcę rozwiązania oraz wymagań opz, budzi uzasadnione wątpliwości co do jej rażąco niskiego charakteru. Wątpliwości te dotyczą głównego elementu zamówienia, zatem Wykonawca powinien być przygotowany na jej wykazanie.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny. Przedmiot zamówienia, obok dostawy produktów, przewiduje wykonanie usług, dla których koszty pracy (zatrudnienia podwykonawcy lub wynagrodzenie zespołu własnego Wykonawcy) powinny być nie tylko wyższe niż stawki minimalne wynikające z przepisów odrębnych, ale także odpowiednie do poziomu wynagrodzeń osób o kompetencjach wymaganych w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze kompetencje wymagane w celu realizacji świadczeń takich jak wdrożenie, wsparcie merytoryczne czy prowadzenie szkoleń – wynagrodzenie realizujących je osób nie może być rzetelnie kalkulowane w oparciu o minimalny poziom wynagrodzeń czy stawek godzinowych. Również w tym świetle – złożona oferta wskazuje na rażąco niską cenę, uniemożliwiającą pokrycie kosztów ww. usług w ramach zaoferowanej ceny, która ma także pokryć koszty zakupu wskazanych w ofercie produktów

Palo Alto Networks.

Wystosowanie wezwania do wyjaśnień jest koniecznym elementem weryfikacji czy w przedmiotowej sprawie nie doszło do zaoferowania przez 2SI ceny rażąco niskiej, która nie umożliwia Wykonawcy 2SI pokrycia wszystkich koniecznych kosztów dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku, zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania wezwania stanowi naruszenie art. 224 ust. 1 Pzp i zasad postępowania.

Zamawiający: Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeanalizowaniu zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, Zamawiający stwierdza, że prowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy Pzp.

Oferta wybrana jest ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z art. 239 Pzp na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, gdyż uzyskała najwyższą łączną ilość punktów. Oceniano cenę brutto oferty (50 pkt) oraz 4 dodatkowe funkcjonalności (łącznie 50 pkt). Wszyscy wykonawcy zadeklarowali w swoich formularzach oferty funkcjonalności dodatkowe co spowodowało, że uzyskali maksymalną ilość punktów w kryteriach funkcjonalności dodatkowych. W takiej sytuacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zdecydowała cena.

Oferta Wykonawcy wybranego w postępowaniu jest ofertą o najniższej cenie i mieści się w kwocie przewidzianej na realizację zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 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 przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Natomiast art. 224 ust. 2 Pzp wskazuje na obowiązkowe prowadzenie postępowania wyjaśniającego..

Obowiązek badania czy cena lub koszt nie zostały zaniżone, powstaje zawsze, gdy Zamawiający nabierze wobec ich wysokości uzasadnionych wątpliwości. Wątpliwości tych Zamawiający musi nabrać (z wyjątkiem szczególnych okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt 1), gdy cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej złożonych ofert, co jak poniżej wykazano miejsca nie miało.

W postępowaniu złożono 3 oferty: 1 .INTEGRITY PARTNERS sp. z o.o. 1 517 451,00 zł

2.APIUS TECHNOLOGIES S.A. 1 414 500,00 zł, 3.Sieciowe Systemy Informatyczne A.K. 1 207 860,00 zł

Stwierdzono, iż Wykonawca potwierdził spełnienie wymagań, zaoferował rozwiązanie tego samego producenta, co zaoferowane przez APIUS TECHNOLOGIES oraz INTEGRITY PARTNERS. Nie zachodziły również wątpliwość odnośnie możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w zaoferowanej cenie. Rozbieżności cenowe pomiędzy ofertami wynikają z okoliczności oczywistych, które zadaniem Zamawiającego nie wymagały wyjaśnienia, pomimo pisma Odwołującego otrzymanego w postępowaniu jeszcze przed badaniem ofert.

Szacowana wartość zamówienia powiększona o VAT wynosi 1 476 000 zł. Oferta 2SI, która opiewa na kwotę brutto 1 207 860 zł, stanowi 81,83 % szacowanej wartości zamówienia.

Zatem jest niższa o 18,17% od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o VAT.

Średnia arytmetyczna cen zaoferowanych w ofertach wynosi 1 379 937zł, co oznacza, że oferta A.K. z kwotą 1 207 860 zł, stanowi 87,53 % średniej ofert jest niższa o 12,47 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Zamawiający po stwierdzeniu, iż oferta jest niższa o 18,17% od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o VAT i o 12,47 % niższa od średniej złożonych ofert, odstąpił od wyjaśniania rażąco niskiej ceny z uwagi na brak wątpliwości do ceny oferty.

Przechodząc do zarzutu 1, iż złożenie oferty przez Sieciowe Systemy Informatyczne A.K.stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu ceny oferty poniżej kosztów realizacji zamówienia, w szczególności — poniżej kosztów zakupu oferowanego rozwiązania należy zaznaczyć, że art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako czyn nieuczciwej konkurencji określa sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub

świadczenia - co istotne - w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie podjął próby wykazania, że taki był cel przystępującego. Faktem jest, iż wyłącznym sposobem nabycia produktów w autoryzowanym kanale dystrybucji Palo Alto jest zakup urządzeń za pośrednictwem autoryzowanego dystrybutora, którym jest firma Clico sp. z o.o., niemniej nie oznacza to, że odwołujący ma wiedzę o tym, jak wygląda polityka autoryzowanego dystrybutora na rynek Polski. Twierdzenia Odwołującego o tej polityce cenowej i partnerstwie nie jest oparta na żadnych konkretnych stwierdzeniach poza stwierdzeniem, że cena najtańszej z możliwych konfiguracji spełniających wymagania określone w SWZ wynosi 1 046 475,5 zł netto, co daje kwotę brutto 1 287 164,25 zł. Należy rozumieć, iż takie warunki zostały określone dla Odwołującego, co nie oznacza, że Sieciowe Systemy Informatyczne A.K. nie otrzymały innych warunków od autoryzowanego dystrybutora.

Również pozostałe kwestie podniesione przez Odwołującego, iż Sieciowe Systemy Informatyczne A.K. posiada najniższy stopień (lub nie posiada w ogóle) partnerstwa Palo Alto Networks, zaś podmiot udostępniający mu zasoby nie posiada w ogóle statusu partnerskiego, zgodnie z listą partnerów publikowaną w sieci przez Palo Alto Networks nie oznacza, że oferta jest ofertą, której cena jest zaniżona i jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Sieciowe Systemy Informatyczne A.K. to jest podmiot, który jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą i bez wątplenia podnoszone przez Odwołującego koszty osobowe personelu posiadającego odpowiednie kwalifikacje, jak i inne koszty tego podmiotu (tzw. koszty ogólnozakładowe) są niższe niż koszty spółki prawa handlowego, jakim jest Odwołujący. Zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta powinno mieć charakter obiektywny.

Zamawiający odrzuca ofertę — jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Jak głosi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Działanie wykonawcy może wypełniać jednocześnie przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, w związku z tym, że odwołujący przywołał jako dowody swoje domniemania, należało zarzut nr 1 uznać za bezzasadny.

Co do zarzutu 2 polegającego na zaniechaniu wezwania wykonawcy Sieciowe Systemy Informatyczne A.K. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub istotnych części składowych, mimo że zaofferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający przywołuje argumentację wskazaną powyżej, związaną z badaniem oferty Wykonawcy pod kątem zniżenia ceny, z której wynikało, zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, że powyższa oferta nie budzi wątpliwości Zamawiającego, gdyż oferta Wykonawcy Sieciowe Systemy Informatyczne A.K. jest niższa o 18,17% od wartości zamówienia oraz o 12,47 % niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert.

Należy zaznaczyć, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt 1562/11, zgodnie z którym „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując: cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”W ocenie Zamawiającego takie wątpliwości w sprawie będącej przedmiotem sprawy przed KIO nie miały miejsca, a Odwołujący nie przedstawił argumentacji, z których można wywieść, iż Sieciowe Systemy Informatyczne A.K. przedstawił ofertę z rażąco niską ceną.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca A.K..

W trakcie rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:

Odwołujący: zauważył, że Zamawiający w zakresie ceny odniósł się jedynie do wartości szacunkowej i cen pozostałych ofert, a Przystępujący zaofferował urządzenia poniżej kosztów ich zakupu. Złożył na poparcie stanowiska dokumenty: - oświadczenia autoryzowanego dystrybutora CLICO, dystrybutora PALO ALTO ze wskazaniem ceny rynkowej dostępnej dla partnerów. Oceniał że zakwestionowana cena jest ceną dumpingową lub poza pozyskaną poza autoryzowanym kanałem na rynku polskim.

- oświadczenie/mail J.S. zarządzający kanałem dystrybucji firmy PALO ALTO Networks o jedynym legalnym kanale sprzedaży na tym rynku i negatywnych skutkach użycia innego kanału.

- kalkulację własną niezbędnych kosztów w ujęciu tabelarycznym.

Wskazał na możliwa minimalną cenę oferty i różnice z ceną Przystępującego w 4 obszarach zamówienia. Zauważył, że ew. korzystne wyjaśnienia mogą być przez Przystępującego przeprowadzone w obszarze szkoleń i wdrożenia, ew. wsparcia merytorycznego, natomiast sama cena dostawy nie może być niższa niż wskazana w złożonej kalkulacji. Ocenia, iż zniżenie ceny powstało w celu eliminacji konkurentów. Wskazuje na negatywne konsekwencje innych wykonawców w przyszłych postępowaniach wobec uniemożliwienia im powoływania się na świadczenie tej usługi referencyjnej i nieuzasadniona możliwość powołania się na nią przez Przystępującego. Ocenia, iż wykonawca nie ma możliwości uzasadnienia realnego wycenienia oferty. Podkreśla, że sama cena odstawy wskazana w pozycji 1 kalkulacji jest wyższa od całej ceny ofertowej Przystępującego.

Jego kalkulacja wskazuje na ceny rynkowe, a w cenie dostawy już uwzględnił rabat partnerski. Stwierdził, że rabaty niestandardowe nie są stosowane w zamówieniach publicznych jako mogące naruszyć konkurencję.

Wskazał, że przystępujący potwierdził fakt przedstawicielstwa CLICO, a Przystępujący nie wskazał i nie stwierdził wprost, że jego oferta została przygotowana na zasadach deklarowanych w toku rozprawy.

Zamawiający przypomniał, czym jest czyn nieuczciwej konkurencji w kontekście zaofertowanej ceny. Również założenie nieosiągnięcia zysku nie przesądza o uznaniu ceny za czyn nieuczciwej konkurencji. Zauważył, że dokumenty przedstawione i pozyskane przez Odwołującego odnoszą się w istocie do jego sytuacji. Wskazał na wzajemne relacje wysokości cen ofertowych oraz stosunek do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak obowiązku prowadzenia postępowania wyjaśniającego narzuconego ustawą.

Stwierdził, że argumenty Odwołującego dotyczącej możliwej do uzyskania ceny nie wykluczają analogicznej argumentacji Przystępującego.

Przystępujący stwierdził, iż czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący upatruje wyłącznie w cenie, natomiast nie zna on rzeczywistej wysokości kosztu zakupu. Brak też jest uprawdopodobnienia zamiaru eliminacji innych wykonawców.

Odnosnie pism złożonych przez Odwołującego dot. CLICO, przedstawiciela PALO ALTO, złożył wydruk ze strony producenta – lokalizator partnerów. Nie wyklucza to funkcjonowania partnerów międzynarodowych, z którymi można podjąć współpracę. Zauważył, że argumentacja Odwołującego i informacje potwierdzają, że podmioty przez niego wskazane są zainteresowane korzystnym wynikiem tego podmiotu w konkretnym postępowaniu, ergo np. uzyskaniem pozytywnego wyniku wykonawcy z wyższą ceną, co skutkuje korzyściami pozostałych.

Odnosnie kalkulacji złożonej przez Odwołującego stwierdził, iż jest ona oparta na danych i możliwościach samego Odwołującego. Neguje tezę o stałej i niezmiennej cenie ofertowej, jaką można zaofertować. Zauważył, że przedmiot zamówienia można w całości pozyskać u dystrybutora, a czego Odwołujący nie uwzględnił, to możliwość odrębnego pozyskania dostawy i usług z nią związanych. Przypomniał, że usługi będą wykonywane przez własnych pracowników, co może mieć znaczenie przy kalkulacji kosztów. Stwierdził, że partnerzy mogą uzyskiwać rabaty niestandardowe i na tę okoliczność złożył wyciąg z dokumentu „zasady zarejestrowania sprzedaży ze strony intranetowej producenta dostępnej po zalogowaniu partnera” (dowód nr 2). Złożył oświadczenie PALO ALTO potwierdzające jego status jako partnera.

Przystępujący przypomniał, że wskazał rabat ponad standardowy możliwy do korzystania w zamówieniach publicznych. Stwierdził, że obszar polski jest teren działania WESTCOM. Świadomie nie przedstawił kalkulacji oferty uznając jej znaczące elementy za know-how, co nie wyklucza, iż w razie zaistnienia takiej potrzeby złoży takie informacje i wyjaśnienia dotyczące ceny, z odpowiednimi zastrzeżeniami, Zamawiającemu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, stwierdziła, iż odwołanie w zakresie przedstawionych przez odwołującego zarzutów, nie zasługuje na uwzględnienie.

Niesporny jest interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisów przyznających legitymację do wniesienia odwołania na czynności i zaniechania zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Niesporne jest, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, w wyniku badania ofert, nie zaistniały ustawowe przesłanki obligujące zamawiającego do żądania od wykonawcy – przystępującego, złożenia wyjaśnień, z powodu zaofertowania ceny oferty poniżej określonej kwoty w relacji do wartości przedmiotu zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, jak i w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu.

Postępowanie dowodowe przed Izłą prowadzi do wniosku, że argumenty przedstawione przez odwołującego, który wskazał zasady kalkulacji ceny głównego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem polityki cenowej prowadzonej przez dystrybutora na Polskę, produktów Palo Alto, są poprawne. Jednakże, co z kolei wynika z dowodów przedstawionych przez przystępującego, skalkulowanie ceny oferty stosownie do przeprowadzonej i przedstawionej przez odwołującego

kalkulacji, nie jest jedyne, jakiego można dokonać w realiach ocenianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający uznaje zatem za uprawnione i uzasadnione także argumenty przystępującego o możliwościach do uzyskania przez niego, jako nabywcę ponadstandardowych rabatów przy nabywaniu podstawowych składników przedmiotu zamówienia i zgodnie z wymaganiami opisanym w specyfikacji warunków zamówienia. Twierdzeniom takim nie zaprzeczył skutecznie odwołujący. Jest przy tym prawem wykonawcy, co wyraził w swoim stanowisku na rozprawie, utrzymanie w tajemnicy określonych danych stanowiących jego know-how, co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach deklarowanych w złożonej ofercie.

Mając zatem na uwadze, że stanowiska konkurentów składających oferty, zasadniczo nie pozostają we wzajemnej sprzeczności, skład orzekający nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania, w szczególności zaś stwierdzenia, że cena najniższa zaoferowana zamawiającemu jest nierealna, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W takim stanie rzeczy brak jest podstaw do twierdzenia, iż zamawiający dokonując oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, naruszył przepisy prawa wskazane w petitum odwołania, zatem orzeczono, jak w sentencji.

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 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: