

WYROK

Warszawa, dnia 30 kwietnia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska
Członkowie: Michał Pawłowski

Małgorzata Rakowska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2025 r. przez wykonawcę Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: ESKOM IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 1240/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa oprogramowania EnterpriseDB Standard Plan wraz z licencjami w modelu subskrypcyjnym z poziomem SLA Premium lub oprogramowania równoważnego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 31 marca 2025 r. wykonawca Linux Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p., tj.:

- 1) czynności wyboru oferty wykonawcy ESKOM IT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „ESKOM IT” lub „przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty ESKOM IT oraz wykluczenia wykonawcy ESKOM IT z postępowania z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie zamówienia podstawowego – dostawa oprogramowania.
- 3) zaniechania odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień ceny oferty ESKOM IT.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy ESKOM IT, mimo iż wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zakresie zamówienia podstawowego – dostawa oprogramowania („Zarzut nr 1”),
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, „u.z.n.k.”) w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez

zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy ESKOM IT, podczas gdy złożona została ona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tzn. poprzez zaoferowanie przez ESKOM dostawy oprogramowania w zamówieniu podstawowym, poniżej kosztów wykonania zamówienia (tzw. dumping cenowy) („Zarzut nr 2”),

3) art. 18 ust. 1-3, art. 74 ust. 1 ustawy p.z.p. w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez: zaniechanie odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego odwołującemu pełnej treści wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ESKOM IT („Zarzut nr 3”).

Stawiając powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ESKOM IT jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ESKOM IT,
- 4) odrzucenia oferty ESKOM IT oraz wykluczenie wykonawcy ESKOM IT z postępowania.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zgodną ze wszystkimi wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący ma realne szanse na uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z zamawiającym, bowiem jego oferta znajduje się na drugiej pozycji w rankingu ofert złożonych w postępowaniu, natomiast oferta wykonawcy ESKOM IT, wybrana jako najkorzystniejsza, powinna zostać odrzucona z postępowania, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w zakresie zamówienia podstawowego, a wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Nadto zamawiający nie odtajnił i nie udostępnił pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo że wykonawca ESKOM IT nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W ocenie odwołującego zamawiający, badając i oceniając ofertę wykonawcy ESKOM IT, błędnie uznał, że nie podlega ona odrzuceniu, w konsekwencji czego odwołujący zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co spowoduje u niego szkodę w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby realizując to zamówienie. Tym samym odwołujący, w przypadku unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ESKOM IT i odrzuceniu oferty tego wykonawcy z postępowania, po ponownym badaniu i ocenie ofert będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Uzasadniając zarzut nr 1 odwołujący podniósł, że cena oferty ESKOM IT za zamówienie podstawowe (dostawa oprogramowania) w kwocie 807 273,60 zł brutto, a netto (po odliczeniu VAT 23%) w wysokości 656 336,26 zł netto (807 273,60 / 1,23) jest niższa od ceny zakupu oprogramowania u producenta po uzyskaniu rabatów, która dla wszystkich partnerów o najwyższym statusie wynosi 172 800 USD. Odwołujący wskazał na kwotę oferty producenta w PLN przy zastosowaniu standardowego przeliczenia z USD na PLN według kursu przeliczeniowego z przed dnia składania ofert.

Przeliczenie ceny zakupu oprogramowania gwarantowanego na PLN

Zakup w USD:

- Cena zakupu: 172 800 USD
- Kurs USD: 4,1433 zł (kurs z dnia poprzedzającego złożenie oferty)
- Cena w PLN: $172\ 800 \times 4,1433 = 715\ 577,04$ zł netto

Zatem cena zakupu w PLN wynosi 715 577,04 zł netto (przy zakupie w USD).

Odwołujący poinformował, że złożona oferta netto jest niższa nawet o 59 240,78 zł od ceny producenta po rabat dla partnerów.

Odwołujący poinformował, że jako partner producenta oprogramowania o najwyższym statusie partnerstwa zwrócił się bezpośrednio do producenta oprogramowania firmy EnterpriseDB (EDB) o udzielenie informacji dot. ofert złożonych przez producenta wykonawcom dla potrzeb postępowania, mając na uwadze, że wszyscy partnerzy producenta o najwyższym statusie partnerstwa winni otrzymać dokładnie taką samą ofertę obejmującą taki sam rabat. W odpowiedzi uzyskał informację, że *obaj kontrahenci (Linux Polska i IBM) otrzymali ten sam specjalny rabat specyficzny*

dla klienta w wysokości 40% na przetarg w CIRF i nie było żadnych dodatkowych ofert specjalnych dla żadnej ze stron. Wartość naszej oferty na podstawową ilość 160 rdzeni wynosi dokładnie 172 800 USD.

Odwolujący podniósł, iż przytoczona odpowiedź z EnterpriseDB dowodzi, że zgodnie z polityką producenta wszyscy partnerzy producenta, który chcieli złożyć ofertę w postępowaniu mogli dostać dokładnie taką samą ofertę, która nie podlegała jakimkolwiek negocjacjom. Oznacza to tyle, że oferty wykonawców winny różnić się jedynie wysokością przyjętych pozostałych kosztów wykonania zamówienia i przyjętą marżą.

W ocenie odwołującego, należy wziąć przy tym pod uwagę, że dumping cenowy w przypadku ESKOM IT to nie tylko kwota 59 240,78 zł straty na ofercie dla tego wykonawcy (różnica pomiędzy ofertą producenta, a ceną netto oferty za zamówienia podstawowe dla dostawy oprogramowania), gdyż kwota ta musi zostać powiększona o takie obligatoryjne elementy cenotwórcze wykonania zamówienia jak:

- a) marża IBM,
- b) marża ESKOM IT;
- c) ryzyko kursowe, koszt pieniądza;
- d) koszt zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia w wysokości 2% wartości zamówienia podstawowego;
- e) koszty projektowe – koszty ogólne, zarządu, ryzyka projektowe, w tym ryzyka związane z naliczeniem kar umownych.

Odwolujący zwrócił uwagę na to, że projektowane postanowieni umowy - PPU, w §5 przewidują wysokie kary umowne dla wykonawcy za:

- o Opóźnienia w dostawie – 2 000 zł za każdy dzień zwłoki.
- o Opóźnienia w usuwaniu błędów SLA – 500 zł za każde 24 godziny zwłoki dla błędów S1.
- o Niewykonanie wsparcia technicznego – 200 zł za każdy dzień zwłoki.

Zatem każdy wykonawca był obowiązany uwzględnić w swojej ofercie ryzyko ich wymierzenia.

Odwolujący wskazał, że – odnosząc się do przytoczonych elementów cenotwórczych zamówienia – ww. strata na ofercie ESKOM IT za zamówienia podstawowe będzie znacznie większa niż 59 240,78 zł. Co ważne, zamówienie podstawowe, a zamówienie w prawie opcji to dwa odrębne od siebie zamówienia, stosunki zobowiązaniowe. ESKOM IT nie może zatem w żaden sposób nawet wskazać, że ujął część kosztów w zamówieniu opcjonalnym, gdyż wówczas przyznałby się jedynie do czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na niedozwolonym przenoszeniu kosztów pomiędzy dwoma odrębnymi zamówieniami - z zamówienia podstawowego do zamówienia opcjonalnego.

Uzasadniając zarzut nr 2 odwołujący podniósł, że z uwagi na dopuszczenie się przez ESKOM IT dumpingu cenowego, doszło do naruszenie przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK.

W ocenie odwołującego nie ulega wątpliwości, że wyżej określone zachowanie wykonawcy ESKOM IT, polegające na złożeniu w postępowaniu oferty dla zamówienia podstawowego, która nawet nie stanowiła równowartości oferty EnterpriseDB (po rabatach) dla zamówienia podstawowego, bez możliwości uwzględnienia tym samym przez ESKOM IT istotnych czynników kosztowych, których nie sposób pominąć przy realizacji zamówienia oraz spodziewanej marży, jest przejawem działania w warunkach nieuczciwej konkurencji na rynku IT. Wykonawca ESKOM IT dopuścił się manipulacji ofertą w zakresie zamówienia podstawowego, być może licząc, że jego wyjaśnienia RNC, w tym cały wywód dot. sposobu wyceny oferty dostawy oprogramowania, nie będą dostępne innym wykonawcom, jako rzekomo zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy ESKOM IT.

Uzasadniając zarzut 3 odwołujący stwierdził, że odwołujący zwrócił się do zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej ESKOM IT z wnioskiem o udostępnienie pełnej treści wyjaśnień RNC ESKOM IT. Zamawiający w odpowiedzi na wniosek o wgląd udostępnił jedynie uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień RNC w poufności złożone przez wykonawcę ESKOM IT oraz część wyjaśnień RNC, którą ESKOM IT uznał za jawną. Zamawiający zatem podtrzymał

tajność wyjaśnień RNC ESKOM IT w zakresie, w którym życzył sobie tego ten wykonawca.

Odwolujący wskazał, że bez wątpienia zamawiający może zmienić każdą swoją decyzję również w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji. Biorąc pod uwagę przedstawiony dowód przez odwołującego w postaci odpowiedzi producenta EnterpriseDB, nie ma żadnych podstaw merytorycznych dla wniosku, że wyjaśnienia RNC ESKOM IT dot zamówienia podstawowego zawierają informacje, które nie są dostępne publicznie. Nie jest informacją niejawną zarówno wartość oferty od producenta oprogramowania, jak i wysokość przyznanego przez Enterprise DB rabatu. Wydaje się, że również w interesie zamawiającego jest to by można było w pełni zweryfikować to, czy ESKOM IT jest w stanie należycie wykonać zamówienie podstawowe dot. dostawy oprogramowania za cenę wskazaną w ofercie.

Odwolujący wskazał, że analizując treść uzasadnień utajnienia przedstawionych przez wykonawcę ESKOM IT nie sposób uznać, by wykonawca ten skutecznie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Odwolujący podniósł, że z całą pewnością ESKOM IT nie przedstawił listy pracowników zobowiązanych do zachowania informacji w poufności, ani zanonimizowanych zobowiązań tych pracowników. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ESKOM IT nie odnosi się również do żadnego konkretnego dokumentu, załącznika, w związku z tym zamawiający również jak w przypadku Decsoft S.A. winien stwierdzić ogólnikowość zastrzeżenia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwolujący poinformował, że oprócz wielu ogólników, które zapewne są powtarzane w uzasadnieniach zastrzeżenia informacji dla innych postępowań uzasadnienia t.p. ESKOM IT nie zawiera żadnych informacji, które pozwalają na stwierdzenie, że ESKOM IT wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 kwietnia 2025 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego;
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w piśmie, na okoliczności wskazane w piśmie.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 zamawiający wskazał, że z wyjaśnień złożonych przez ESKOM IT oraz załączonych do wyjaśnień dokumentów wynika, że wykonawca nabył oprogramowanie firmy EnterpriseDB w cenie pozwalającej mu na odsprzedanie go zamawiającemu z zyskiem. Zamawiający te wyjaśnienia przyjął za wystarczające, gdyż w jego ocenie wyjaśnienia odpowiadały treści wezwania zamawiającego, były spójne, logiczne i potwierdzone stosownymi dowodami. Stwierdził, że dopóki wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny korespondują z wezwaniem zamawiającego, uwzględniają obligatoryjne elementy przedmiotu zamówienia ujęte w stosownej kalkulacji i poparte są dowodami, to nie sposób takich wyjaśnień kwestionować tylko z tego tytułu, że skonstruowane zostały w sposób odmienny niż założenia przyjęte przez odwołującego. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że ocena ryzyk związanych z naliczeniem kar umownych w toku realizacji zamówienia ma charakter na tyle subiektywny, że nie sposób stwierdzić, że ich nieuwzględnienie lub uwzględnienie w minimalnej wysokości w jakikolwiek sposób może dowodzić nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty. Dokonanej przez zamawiającego oceny ofert ESKOM IT w zakresie zaoferowanej ceny w żaden sposób nie zmienia stanowisko przedstawiciela producenta oprogramowania EnterpriseDB. Nadal bowiem w świetle przekazanych wraz z odwołaniem informacji cena zaoferowana przez ESKOM IT jest realna i nie budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający podkreślił, że nie identyfikuje w ofercie ESKOM IT rzekomej straty, o jakiej pisze odwołujący, w wysokości 59 240,78 zł.

Zamawiający zauważył, że ESKOM IT złożył obszerne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, poparte kalkulacją ceny (objęte tajemnicą przedsiębiorstw), w których prawdziwość i rzetelność dał wiarę zamawiający. W ocenie zamawiającego ESKOM IT wykonał ciężący na nim ustawowy obowiązek wykazania okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty w stosunku do oferty LINUX, a przede wszystkim wykazał w wyczerpujący sposób okoliczności, które pozwoliły mu na obniżenie ceny złożonej oferty w stosunku do cen producenta oprogramowania oraz wykazał, w jakim stopniu dzięki tym okolicznościom cena oferty została obniżona.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 zamawiający stwierdził, że nie podziela argumentu odwołującego, jakoby ESKOM IT dopuścił się manipulacji ofertą w zakresie zamówienia podstawowego. Przeciwnie – w ocenie zamawiającego ESKOM IT w sposób prawidłowy i rzetelny dokonał kalkulacji ceny ofertowej, a także złożył w tym zakresie obszerne i

wiarygodne wyjaśnienia (objęte tajemnicą przedsiębiorcy). Nie ulega przy tym wątpliwości, że uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym. Powyższe oznacza, że aby działanie wykonawcy mogło być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, to muszą być kumulatywnie spełnione trzy przesłanki. Po pierwsze działanie przedsiębiorcy musi być podjęte w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą. Po drugie czyn przedsiębiorcy musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Po trzecie działanie przedsiębiorcy musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta (tak KIO w wyroku z dnia 7 kwietnia 2023 roku w sprawie o sygn. akt KIO 811/23).

Zamawiający zauważył, że skalkulowanie ceny z uwzględnieniem dodatkowych rabatów, które są dostępne wykonawcy w związku z posiadaniem statusem partnera globalnego i zaoferowanie ceny niższej aniżeli wskazana w ofercie dla innych partnerów nie narusza prawa lub dobrych obyczajów i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 zamawiający stwierdził, że ESKOM IT zachował należyłą staranność w celu zachowania określonych danych w tajemnicy, wykazał bowiem, że w jego przedsiębiorstwie obowiązuje Systemu Zarządzania Jakością ISO 9001:2015 oraz Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji ISO 27001:2013 Wykonawca wykazał również, że dba zarówno o bezpieczeństwo fizyczne przetwarzanych informacji poprzez wdrożenie w swojej siedzibie Systemu Kontroli Dostępu zabezpieczającego przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich, jak i o formalne zabezpieczenie przed ujawnieniem informacji chronionych poprzez wdrożenie Polityki Bezpieczeństwa Informacji.

Zamawiający podniósł, że odwołujący zarzuca, że informacje zastrzeżone przez ESKOM IT nie posiadają waloru tajności z uwagi na fakt upublicznienia przez LINUX ceny i rabatów od producenta oprogramowania EnterpriseDB, z czym także nie można się zgodzić. Odwołujący wykazał jedynie, że producent oprogramowania zaproponował jemu i spółce IBM, taką samą cenę i upust od tej ceny. Jednakże, to nie IBM złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający badając ofertę oraz wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, bada jedynie ofertę i wyjaśnienia ESKOM IT, a nie politykę cenową / sprzedażową podmiotów trzecich działających na rynku, nie będących bezpośrednio zaangażowanych w postępowanie.

Zamawiający podniósł, że nie ma nawet środków prawnych pozwalających w toku badania ofert w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na badanie stosunków gospodarczych łączących podmioty trzecie niezaangażowane w proces.

Zamawiający stwierdził, że uznał za wystarczające wyjaśnienia ESKOM IT, wskazujące iż informacje objęte tajemnicą przedsiębiorcy mają dla wykonawcy wartość handlową i gospodarczą. Wykonawca wykazał bowiem, że jego wypracowane kontakty biznesowe umożliwiły mu uzyskanie oprogramowania od współpracującego z nim dostawcy w cenie pozwalającej na złożenie konkurencyjnej oferty. Ujawnienie natomiast tych informacji zagrażałoby możliwości dalszego prowadzenia działalności w oparciu o pozyskiwane warunki handlowe oraz kalkulacje biznesowe.

W ocenie zamawiającego, ESKOM IT skutecznie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., wykazał także, iż podjął adekwatne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych danych, a przede wszystkim wykazał istotną wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 17 stycznia 2025 roku zamawiający zamieścił pismo pn. „Informacja z otwarcia ofert”, w którym wskazane zostało, że w postępowaniu złożono dwie oferty – Linux i ESKOM IT o następujących cenach za zamówienie podstawowe – dostawa oprogramowania i świadczenie usługi wsparcia dla Oprogramowania i zamówienie w zakresie prawa opcji:

L.p.	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena oferty brutto w PLN
------	-------------------------	--------------------------

1	Linux Polska sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 100, 00-807 Warszawa	1 916 832,00 zł w tym: -zamówienie podstawowe (dostawa oprogramowania) 993 249,60 zł; -zamówienie podstawowe (świadczenie usługi wsparcia dla Oprogramowania) 24 600 zł; - zamówienie w zakresie opcji: 898 982,40 zł.
2	ESKOMIT sp. z o.o. ul. Puławska 543 02-844 Warszawa	1 906 008,00 zł w tym: -zamówienie podstawowe (dostawa oprogramowania) 807 273,60 zł; -zamówienie podstawowe (świadczenie usługi wsparcia dla Oprogramowania) 49 200,00 zł; - zamówienie w zakresie opcji: 1 049 534,40 zł.

(dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 17 stycznia 2025 roku)

Pismem z dnia 5 lutego 2025 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, wskazując, co następuje:

Zamawiający - Centrum Informatyki Resortu Finansów, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie.

Zamawiający zwraca uwagę, że cena całkowita złożonej oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Ponadto cena w zakresie zamówienia podstawowego jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania w zakresie zamówienia podstawowego.

W konsekwencji, Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny całkowitej oferty za realizację zamówienia z podziałem na cenę za realizację zamówienia podstawowego i zamówienia w ramach opcji, obejmujących

w szczególności:

1) kosztów dostawy oprogramowania EnterpriseDB Standard Plan wraz z licencjami w modelu subskrypcyjnym z poziomem SLA Premium w tym:

a) dla zamówienia podstawowego obejmującego 160 rdzeni fizycznych lub wirtualnych, na okres 12 m-cy,

b) dla zamówienia w ramach prawa opcji obejmującego 160 rdzeni fizycznych lub wirtualnych, na okres 12 m-cy;

2) kosztów świadczenia przez Wykonawcę usług na rzecz Zamawiającego usługi instalacji aktualizacji, kustomizacji, migracji, przeprowadzania niecertyfikowanych instruktaży, uczestnictwa w testach Oprogramowania objętego poziomem SLA w czasie i miejscu wskazanym przez Zamawiającego w maksymalnej wysokości 100 Godzin Roboczych (zegarowych) w ramach zamówienia podstawowego;

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, ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

4) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Dodatkowo, wyjaśnienia mogą dotyczyć, w szczególności:

1) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw lub usług;*

2) *oryginalności dostaw, usług oferowanych przez Wykonawcę;*

3) *zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (dowód: pismo z dnia 5 lutego 2025 roku)*

Pismem z dnia 12 lutego 2025 roku przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Do wyjaśnień przystępujący dołączył m.in. ofertę podmiotu trzeciego na dostawę oprogramowania. Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa wobec kalkulacji ceny wraz z dowodami (dowód: pismo z dnia 12 lutego 2025 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał spełnienie przesłanek uprawniających go do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. wobec zarzutów nr 1 i 2, nie wykazał ich natomiast wobec zarzutu nr 3.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy ESKOM IT, mimo iż wykonawca ten złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zakresie zamówienia podstawowego – dostawa oprogramowania,

Wskazany wyżej zarzut odwołujący oparł na stwierdzeniu, iż oferty wykonawców winny różnić się jedynie wysokością przyjętych pozostałych kosztów wykonania zamówienia i przyjętą marżą. Cena oferty ESKOM IT za zamówienie podstawowe (dostawa oprogramowania) w kwocie 807 273,60 zł brutto, a netto (po odliczeniu VAT 23%) w wysokości 656 336,26 zł netto ($807\ 273,60 / 1,23$) jest niższa od ceny zakupu oprogramowania u producenta po uzyskaniu rabatów, która dla wszystkich partnerów o najwyższym statusie wynosi 172 800 USD. Okoliczność ta stanowi, w ocenie odwołującego, podstawę do stwierdzenia, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską, a fakt złożenia oferty zawierającej taką cenę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., 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. W myśl ust. 2 w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30 % od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Natomiast w myśl ust. 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. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, żądając m.in. wykazania kosztów dostawy oprogramowania EnterpriseDB Standard Plan wraz z licencjami w modelu subskrypcyjnym z poziomem SLA Premium w tym:

a) dla zamówienia podstawowego obejmującego 160 rdzeni fizycznych lub wirtualnych, na okres 12 m-cy,

b) dla zamówienia w ramach prawa opcji obejmującego 160 rdzeni fizycznych lub wirtualnych, na okres 12 m-cy.

Wraz z wyjaśnieniami przystępujący był obowiązany złożyć dowody na potwierdzenie składanych wyjaśnień. Przystępujący złożył wyjaśnienia i poparł je dowodami. W zakresie objętym zarzutem przystępujący jako dowód złożył ofertę otrzymaną od podmiotu trzeciego, który z kolei ofertę tę sporządził na podstawie oferty otrzymanej od podmiotu IBM. W ofercie podmiotu trzeciego zawarte zostały warunki dostawy oprogramowania wymaganego w przedmiotowym postępowaniu, w tym wysokość ceny oraz udzielonych rabatów.

Dokonana przez Izbę analiza wyjaśnień oraz złożonej oferty wskazuje, że treść wyjaśnień odpowiada warunkom zaferowanym przez podmiot trzeci, tzn. że cena oferty przystępującego została skalkulowana na podstawie oferty, jaką otrzymał on od tego podmiotu. Tym samym stwierdzić należy, że przystępujący uzasadnił wysokość ceny oprogramowania, która to cena została zakwestionowana we wniesionym odwołaniu.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż w sytuacji, w której pomiędzy producentem oprogramowania a przystępującym występują pośrednicy, cena oprogramowania nie powinna być niższa niż cena wynikająca z warunków oferty złożonej bezpośrednio wykonawcy przez producenta, Izba wskazuje, że wszystkie podmioty zaangażowane w proces dostawy oprogramowania ostatecznemu odbiorcy to podmioty profesjonalne, prowadzące działalność gospodarczą w branży objętej przedmiotem zamówienia. Każdy z nich działa w określonych warunkach biznesowych i organizuje swoją gospodarkę cenowo-zakupową na podstawie posiadanych i wypracowanych kontraktów, doświadczeń i wielu innych elementów pozwalających na takie czy inne kształtowanie cen oferowanych kontrahentom. Nie można zatem wykluczyć, że pośrednik uczestniczący w procesie jest w stanie zaferować cenę z rabatem określonym na innym poziomie, na co wpływ może mieć chociażby skala realizowanych przez dany podmiot zamówień oraz preferencyjne warunki oferowane stałym partnerom biznesowym.

Izba nie dopatrzyła się przy tym nieprawidłowości po stronie zamawiającego skutkujących naruszeniem przez niego przepisów prawa wskazanych w odwołaniu. Podkreślenia wymaga, że Izba ocenia zgodność czynności bądź zaniechań zamawiającego z przepisami ustawy P.z.p. oraz innymi ustawami, które mają zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznawanym przypadku zamawiający zasadnie zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny, jako że ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 2 ustawy P.z.p. Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający ma obowiązek ocenić, czy wyjaśnienia uzasadniają zaferowaną cenę oraz czy zostały poparte stosownymi dowodami. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że element ceny przystępującego, który został przez odwołującego zakwestionowany we wniesionym odwołaniu, tj. cena oprogramowania, wynika z oferty, jaką przystępujący otrzymał od podmiotu trzeciego. Zamawiający nie miał zatem podstaw do kwestionowania złożonych wyjaśnień ani też do domagania się kolejnych wyjaśnień od przystępującego, zwłaszcza mających na celu wykazanie realności cen zaferowanych przystępującemu przez jego pośredników. Podkreślenia przy tym wymaga, że przystępujący nie musi mieć wiedzy co do przyczyn takiego a nie innego skalkulowania ceny, jaka została mu zaferowana, jako że są to okoliczności wynikające z modelu biznesowego jego kontrahenta, którego szczegółów nie musi on znać.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy ESKOM IT, podczas gdy złożona została ona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tzn. poprzez zaferowanie przez ESKOM IT dostawy oprogramowania w zamówieniu podstawowym poniżej kosztów wykonania zamówienia (tzw. dumping cenowy).

W myśl art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie, zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 wskazanej ustawy, za czyn nieuczciwej konkurencji uznawane jest również utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (tzw. dumping cenowy).

Z ustaleń dokonanych w sprawie nie wynika, że przystępujący zaferował sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia ani też że zaferował ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu. Jak to już wyżej wskazano, cena zamówienia podstawowego (dostawy oprogramowania) w ofercie przystępującego, wynikała z oferty złożonej mu przez podmiot trzeci. Jak wynika z analizy dokonanej przez Izbę cena zaferowana przez przystępującego nie została zaniżona wobec oferty, którą otrzymał, zatem przesłanki opisane w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. nie miały miejsca.

Odwołujący podniósł, iż bez znaczenia jest to, czy dumping wystąpił na poziomie oferty otrzymanej przez ESKOM IT od IBM, a wykonawca ESKOM IT nie był tego świadomy, czy też wykonawca ESKOM IT celowo zaniżył cer

własnej oferty za dostawę oprogramowania w ramach zamówienia podstawowego. W ocenie odwołującego wykonawcę ESKOM IT jako profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych obowiązują podwyższone reguły staranności profesjonalisty w związku z treścią art. 355 § 1, 2 K.c.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 K.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 K.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

W ocenie Izby brak jest podstaw do zarzucenia przystępującemu braku należytej staranności. Ze stanowiska odwołującego wynika bowiem, iż odwołujący winien był badać mechanizm działania wszystkich podmiotów zaangażowanych w proces, którego rezultatem była oferta złożona przystępującemu przez podmiot trzeci. Odwołujący nie wykazał przy tym szeregu okoliczności, których wystąpienie mogłoby świadczyć o tym, że przystępujący nie dochował należytej staranności określonej w art. 355 § 1 i 2 K.c. Przede wszystkim odwołujący nie wykazał, iż przystępujący winien powziąć wątpliwości co do treści oferty złożonej mu przez podmiot trzeci, następnie – czy przystępujący dysponował instrumentami, które umożliwiłyby mu zbadanie szczegółów procesu skutkującego złożeniem oferty określonej treści, w tym – okoliczności umożliwiających udzielenie rabatu w określonej wysokości z uwzględnieniem otoczenia faktycznego i prawnego, w którym funkcjonują dane podmioty. Wreszcie odwołujący nie wykazał, iż prowadzenie tak daleko idącego rozpoznania mieści się w ogólnie przyjętych standardach postępowania i jest powszechnym zjawiskiem występującym w obrocie gospodarczym.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3, art. 74 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez: zaniechanie odtajnienia i udostępnienia przez zamawiającego odwołującemu pełnej treści wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ESKOM IT, ponieważ odwołujący nie wykazał interesu w podnoszeniu tego zarzutu w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ze wskazanego wyżej przepisu wynika, że legitymacja do wniesienia służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany wykazać, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu ma potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem określonego postępowania. Fakt posiadania przez odwołującego interesu, uprawniającego go do wniesienia odwołania, podlega badaniu w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. W przypadku stwierdzenia braku tej przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania, podlega ono oddaleniu.

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, którzy korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Szkada może być rozumiana zarówno jako strata (szkada majątkowa), jak i krzywda (szkada niemajątkowa). Zauważyć należy, że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem

przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (*damnum emergens*), oznaczające każde pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (*lucrum cessans*), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkodą wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołujący złożył ofertę, zatem niewątpliwie ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący nie wykazał natomiast, że zamawiający poprzez niezgodne z ustawą zaniechanie udostępnienia odwołującemu wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez przystępującego ceny, spowodował poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Argumentacja odwołującego sprowadza się wyłącznie do wykazywania, iż zamawiający niezasadnie odmówił ujawnienia wyjaśnień złożonych przez przystępującego. Nie podaje jednak wpływu zakwestionowanej czynności zamawiającego na fakt lub możliwość poniesienia szkody.

Dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołujący podniósł, że nieznanomość treści złożonych przez przystępującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny uniemożliwia mu weryfikację, czy treść oferty złożonej przez przystępującego odpowiada warunkom zamówienia. Argumentacja ta nie znalazła się jednak w odwołaniu, w związku z czym Izba uznała ją za spóźnioną.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że w jego przypadku zachodzą wszystkie niezbędne przesłanki, zawarte w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., uprawniające go do podniesienia zarzut nr 3 odwołania. Jako że brak wykazania spełnienia przesłanek wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. stanowi wystarczającą podstawę do oddalenia zarzutu, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....

.....

.....