

sygn. akt:

KIO 1317/19
KIO 1322/19

WYROK

z dnia 26 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Piotr Kozłowski

Jan Kuzawiński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A) w dniu 10 lipca 2019 r., przez wykonawcę S&T Services Polska sp. z o.o., ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa (KIO 1317/19),

B) w dniu 11 lipca 2019 r., przez wykonawcę Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1; 02-797 Warszawa (KIO 1322/19),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Główny Urząd Mar, ul. Elektoralna 2; 00-139 Warszawa, przy udziale:

a) wykonawcy Comarch Polska S.A., Aleja Jana Pawła II 39A; 31-864 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 1317/19, KIO 1322/19),

b) wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o., ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego (KIO 1322/19),

c) wykonawcy Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1; 02-797 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 1317/19),

orzeka:

1A. (KIO 1317/19) Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, względem oferty wykonawcy Sygnity S.A., art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, względem wykonawców Comarch

Polska S.A. oraz Sygnity S.A. i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru i oceny ofert, odtajnienie i udostępnienie odwołującemu informacji wskazanych przez Sygnity w wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2019 r., odtajnienie i udostępnienie odwołującemu informacji wskazanych przez Comarch Polska S.A. w następujących dokumentach: wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób wraz z certyfikatami potwierdzającymi ich kompetencje Eksperta ds. rozwiązań chmurowych oraz Eksperta ds. testów, odrzucenie oferty wykonawcy Sygnity S.A. na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp, dokonanie ponownej oceny ofert,

w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

1B. (KIO 1322/19) Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru i oceny ofert, odtajnienie i udostępnienie odwołującemu informacji wskazanych przez Comarch Polska S.A. w następujących dokumentach: uzasadnienia utajnienia zastrzeżonych przez Comarch informacji, informacji w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykazu osób, udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów, dokonanie ponownej oceny ofert,

w pozostałym zakresie odwołanie oddala.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Główny Urząd Miar oraz odwołującego Sygnity S.A. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr

(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: S&T Services Polska sp. z o.o. (15 000,00 zł) oraz Sygnity S.A. (15 000,00 zł) - tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Głównego Urzędu Miar na rzecz

wykonawcy S&T Services Polska sp. z o.o. kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Głównego Urzędu Miar na rzecz

wykonawcy Sygnity S.A. kwotę 9 298,88 zł (słownie: dziewięć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt osiem złotych, osiemdziesiąt osiem groszy), stanowiące 14 wysokości wpisu od odwołania oraz 14 wysokości wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

sygn. akt: KIO 1317/19, KIO 1322/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Główny Urząd Miar prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa oprogramowania systemu Świtez z usługą hostingu i szkoleniami”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 stycznia 2019 r., pod numerem 2019/S 015-031359.

Dnia 1 lipca 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

KIO 1317/19

Dnia 10 lipca 2019 roku wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o. (dalej „odwołujący lub S&T”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Comarch Polska S.A. (dalej „Comarch Polska”) jako najkorzystniejszej,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Comarch Polska jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Sygnity S.A. (dalej „Sygnity”) jako sprzecznej z treścią s.i.w.z.,
- zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji wskazanych przez Sygnity w wyjaśnieniach z dnia 31.05.2019 r., a dotyczących treści złożonej oferty,
- zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji wskazanych przez Comarch Polska w następujących dokumentach:
 - a) wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - b) wykaz osób wraz z certyfikatami potwierdzającymi kompetencje Eksperta ds. rozwiązań chmurowych oraz Eksperta ds. testów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Comarch Polska i Sygnity jako ofert niezgodnych z treścią s.i.w.z. oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą równego traktowania wykonawców,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
3. art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Comarch Polska i Sygnity jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru i oceny ofert,
 - b) odtajnienie i udostępnienie odwołującemu informacji wskazanych przez Sygnity w wyjaśnieniach z dnia 31.05.2019 r.
 - c) odtajnienie i udostępnienie odwołującemu informacji wskazanych przez Comarch Polska w następujących dokumentach:
 - wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
 - wykaz osób wraz z certyfikatami potwierdzającymi kompetencje Eksperta ds. rozwiązań chmurowych oraz Eksperta ds. testów,
 - d) dokonanie ponownej oceny ofert,
 - e) odrzucenie ofert Comarch Polska i Sygnity na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako ofert nie odpowiadających treści s.i.w.z.,
 - f) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i wybranie oferty odwołującego,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego jest kolejną najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, po ofertach Comarch Polska oraz Sygnity. W ocenie odwołującego, oferty

tych wykonawców podlegają odrzuceniu. W tej sytuacji ofertą najkorzystniejszą byłaby oferta odwołującego. Nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego oraz zaniechanie odrzucenia ofert Comarch Polska jak i Sygnity spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę odwołującego uzasadniającą złożenie odwołania. Także w samym zakresie dotyczącym bezpodstawnego zastrzeżenia jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach składanych przez ww. wykonawców, odwołujący posiada interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej. Pozyskanie zastrzeżonych informacji pozwoli odwołującemu na zweryfikowanie prawidłowości oceny ofert ww. wykonawców zarówno w zakresie prawidłowości oceny ofert pod kątem ich zgodności z treścią s.i.w.z., jak i w zakresie spełniania warunków podmiotowych (na tym etapie postępowania przez Comarch Polska).

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy: Comarch Polska S.A. oraz Sygnity S.A. Przystępujący Comarch Polska S.A. na posiedzeniu złożył pismo procesowe, w którym, za zamawiającym, wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

Izba uznała za częściowo zasadny, tj. zarzut potwierdził się w odniesieniu do oferty wykonawcy Sygnity, natomiast zarzut nie potwierdził się w zakresie oferty wykonawcy

Comarch.

Odwołujący w treści uzasadnienia swojego odwołania podniósł, iż oferta złożona przez Comarch Polska jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., tj. w szczególności z załącznikiem nr 6 do s.i.w.z. - Formularz oferty. W ust. 4 pkt A kolumnie nr 2 formularza oferty, zamawiający żądał podania informacji (nazw) dotyczących tzw. Oprogramowania Standardowego. W toku wyjaśnień treści s.i.w.z. (por. pytania i odpowiedzi z dnia 14.03.2019 r.) zamawiający wskazał w odpowiedzi na pytanie nr 151, że w przedmiotowym polu (tj. polu określonym jako „nazwa oprogramowania”) należy podać nazwy wszystkich składników Oprogramowania Standardowego oferowanego przez wykonawcę. Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że oczywistą intencją i wymogiem zamawiającego było, aby poszczególni wykonawcy składający ofertę w postępowaniu podali w Formularzu oferty wszystkie składniki Oprogramowania Standardowego, które zamierzają dostarczyć w ramach realizacji przedmiotu umowy. W konsekwencji z Formularza oferty wynikała treść oferty wykonawców, a tym samym ich zobowiązań, w zakresie dostawy Oprogramowania Standardowego. Treść tego formularza powinna wskazywać konkretne Oprogramowanie Standardowe jakie mają dostarczyć wykonawcy. Co istotne, Formularz oferty nie może być interpretowany samodzielnie, w oderwaniu od innych dokumentów przetargowych, w tym zwłaszcza

w oderwaniu od postanowień wzoru umowy i jej załączników.

W ocenie odwołującego, oferta Comarch Polska nie odpowiada wymaganiom s.i.w.z., gdyż nie zostały w niej wskazane elementy składowe oprogramowania standardowego oferowanego przez tego wykonawcę, a jedynie ogólna, nadana przez niego w wewnętrznym obrocie nazwa. Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, że „Comarch workflow suite” nie jest powszechnie dostępnym i znanym produktem, w związku z czym nie ma możliwości samodzielnego zweryfikowania, jakie składniki wchodzi w skład tego pakietu oprogramowania, a w konsekwencji zamawiający nie jest w stanie ustalić, dokładnie jakie zostanie mu dostarczone w przypadku wyboru oferty Comarch Polska. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez Comarch Polska nazwa Comarch workflow suite nie jest nazwą oprogramowania i poszczególnych składników (elementów) Oprogramowania Standardowego, tylko ogólną nazwą oferowanego rozwiązania. Oczywiście jest przy tym to, że poszczególne elementy (programy) Oprogramowania Standardowego nie są oprogramowaniem, którego twórcą i podmiotem autorskim praw majątkowych jest Comarch Polska, ani nie są programami o nazwie „Comarch workflow suite”. Oprogramowanie Standardowe ma umożliwić funkcjonowanie oprogramowania dedykowanego lub infrastruktury teleinformatycznej i stanowi środowisko ich pracy. Oprogramowanie Standardowe ma obsłużyć swym zakresem określone przez zamawiającego funkcjonalności. W konsekwencji, wpisanie nazwy oferowanego rozwiązania, bez wymienia składowych Oprogramowania Standardowego nie wskazuje co jest przedmiotem oferty. W swej istocie, przyjmując koncepcję Comarch Polska rozwiązanie to można było nazwać jakkolwiek, np. Świtezianka, aby wpisywało się w nazwę postępowania. Możliwość weryfikacji, co wchodzi w skład oferowanego oprogramowania standardowego, ma o tyle znaczenie, że bez wyszczególnienia tych elementów, w toku realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający nie ma możliwości ustalenia, czy wykonawca w sposób należyty realizuje umowę i czy dostarcza dokładnie takie oprogramowanie, do dostawy którego zobowiązał się zgodnie z ofertą. Powyższe jest szczególnie doniosłe, że zamówienie to realizowane jest ze środków unijnych podlegających dość restrykcyjnym rozliczeniom. Brak podania elementów składowych Oprogramowania Standardowego powoduje, że Comarch Polska może w praktyce na etapie realizacji zamówienia dostarczyć jakiegokolwiek oprogramowanie, albowiem nie wiadomo co się kryje pod nadaną przez tego wykonawcę nazwą rozwiązania. Kwestia szczegółowego podania przez Comarch Polska listy oprogramowania standardowego jest istotna z uwagi również na inne wymagania określone w s.i.w.z., w tym zwłaszcza te dotyczące szkoleń. Jednym z elementów zamówienia są bowiem również szkolenia dla administratorów, których wymagania są opisane w Załączniku nr 1 do umowy - Opis Przedmiotu Umowy. Wymagania te odnoszą się do poszczególnych składowych oprogramowania standardowego wymienionych w punkcie 4.3 opz. Bez wiedzy, co Comarch Polska oferuje w ramach oprogramowania standardowego, zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy zaoferowane szkolenia spełniają sformułowane w s.i.w.z. wymagania. W konsekwencji, ponieważ Comarch Polska nie wskazał w formularzu ofertowym poszczególnych składników oprogramowania standardowego, ograniczając się wyłącznie do podania ogólnej nazwy własnej rozwiązania, uznać należy, że jego oferta nie jest zgodna w postanowieniami s.i.w.z., a tym samym powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał, że podobnie jak w przypadku oferty złożonej przez Comarch Polska, oferta złożona przez Sygnity, także jest niezgodna w treścią s.i.w.z., tj. załącznika nr 6 do s.i.w.z. - Formularza oferty. Analogicznie bowiem jak w przypadku Comarch Polska, również Sygnity nie wskazał w formularzu ofertowym poszczególnych składników zaliczających się do oprogramowania standardowego, ograniczając się jedynie do wskazania ogólnej nazwy tego oprogramowania jako Zintegrowany System Informatyczny „Świtez”. Odwołujący podniósł, że z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 29 maja 2019 r., jako tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący nie jest w stanie odnieść się do przedstawionego w nich stanowiska Sygnity. Z ostrożności jednak przyjął, że - biorąc pod uwagę treść formularza ofertowego - Sygnity albo przyjęło argumentację podobną do tej przedstawionej przez Comarch Polska, albo przedstawiło szczegółowy wykaz oprogramowania, które miałyby stanowić Oprogramowanie Standardowe. W tym drugim przypadku należałoby jednak stwierdzić, że przedłożenie takiego wykazu stanowiłoby nieuprawnioną w świetle art. 84 ust. 1 Pzp zmianę oferty i prowadziłoby do negocjacji pomiędzy stronami dotyczącymi złożonej oferty, co również jest niedopuszczalne zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Z zastrzeżeniem nieznaności treści wyjaśnień Sygnity, odwołujący stwierdził, że oferta Sygnity jest niezgodna z s.i.w.z., ponieważ wykonawca nie wymienił składników oprogramowania standardowego.

Odwołujący w tym miejscu powołał się na argumentację zawartą w części odwołania dotyczącej oferty Comarch Polska.

W zakresie tak ukształtowanego zarzutu, Izba zważyła, co następuje .

Izba wskazuje, że zamawiający w punkcie 4.3 załącznika nr 1 do Umowy - opis przedmiotu zamówienia (dalej „opz”) wskazał, że pod pojęciem oprogramowania

standardowego należy rozumieć „Zbiór programów umożliwiających funkcjonowanie oprogramowania dedykowanego lub infrastruktury teleinformatycznej/ stanowiący środowisko ich pracy. Oprogramowanie standardowe zostanie dostarczone i wdrożone, tak samo jak oprogramowanie dedykowane na podstawie dokumentacji analitycznej w tym w szczególności na podstawie dokumentacji projektowej, planu wdrożenia i planu testów. Na oprogramowanie standardowe składają się:

- (1) Środowiska wirtualizacji,
- (2) Oprogramowanie systemowe,
- (3) Oprogramowanie baz danych,
- (4) Oprogramowanie platformy integracji usług i danych,
- (5) Platforma publikacyjna,
- (6) Serwisy funkcjonalności,
- (7) Pozostałe oprogramowanie wspomagające m.in.:
 - a) Procesy administracji systemem i hostowaną jego infrastrukturą,
 - b) Równoważenie obciążenia,
 - c) Procesy zarządzania tożsamością w tym uwierzytelniania i autoryzacji dostępu,
 - d) Bezpieczeństwo systemu,
 - e) Notyfikacje o zdarzeniach i korelację zdarzeń.”.

Zamawiający, pismem z dnia 29 maja 2019 r., zwrócił się do wykonawców z żądaniem wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, tj. czy wykonawca wykazał w formularzu 1 ofertowym całe oprogramowanie standardowe.

Przystępujący - Comarch Polska w swojej ofercie, w pozycji „Nazwa oprogramowania” podał „System Świtez” oraz podał, że jako oprogramowanie standardowe oferuje „Comarch workflow suite”. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 29 maja 2019 r., Comarch Polska oświadczył, że wskazał w formularzu ofertowym całe oprogramowanie standardowe.

Przystępujący - Sygnity w swojej ofercie, w pozycji „Nazwa oprogramowania” podał „Zintegrowany System Informatyczny „Świtez”. Wykonawca ten nie podał zaś informacji dotyczących oprogramowania standardowego. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 29 maja 2019 roku, Sygnity (zastrzegając treść wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa) m.in. wyjaśnił, że wypełniając wskazane pole formularza oferty kierował się i wykorzystał wskazówki jakie zostały udzielone przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 160.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu konieczne jest również przytoczenie treści pytań i udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi - pyt. nr 151 oraz 160.

Pytanie 151:

Dotyczy „Załącznik nr 6 do SIWZ - Formularz oferty - 16.01.19”.

Prosimy o uszczegółowienie wymagań zawartych w przedmiotowym załączniku w następującym zakresie:

1. W kolumnie nr 2 tabeli pkt A. ust 4, Zamawiający wymaga podania cyt. „Nazwa oprogramowania”. Czy w przedmiotowym polu należy podać wszystkie składniki Oprogramowania Standardowego oferowane przez Wykonawcę?

Odpowiedź:

Tak.

Odpowiedź:

Zamawiający oczekuje podania ogólnej nazwy oprogramowania jakie oferuje Wykonawca. Może to być nazwa nadana przez Wykonawcę, nazwa ta ma charakter porządkowy dla sporządzenia umowy i nie ma wpływu na ocenę ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza analizując treść powyższych pytań, a w szczególności treść odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego, doszła do konstatacji, iż odpowiedź na

pytanie nr 151 dotyczy stricte Oprogramowania Standardowego, natomiast odpowiedź na pytanie nr 160 dotyczy wyłącznie ogólnej nazwy oprogramowania, które w swoim zakresie zawiera Oprogramowanie Standardowe oraz inne, np., dedykowane, pomocnicze, itp. Tym samym prawidłowa wykładnia, a co za tym idzie prawidłowy sposób wypełnienia omawianej pozycji tabeli, powinna być następująca:

- 1) wykonawca powinien podać ogólną nazwę oferowanego oprogramowania (odp. na pytanie nr 160 - nazwa nadana przez wykonawcę o charakterze porządkowym dla sporządzenia umowy, pozostająca bez wpływu na ocenę oferty),
- 2) wykonawca powinien podać wszystkie składniki oprogramowania standardowego (odp. na pytanie nr 151).

Przekładając powyższe ustalenia na treść ofert złożonych przez wykonawców Comarch Polska S.A. oraz Sygnity S.A., Izba stwierdziła, co następuje.

Oferta wykonawcy Comarch Polska S.A. jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca ten bowiem, zgodnie z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego (s.i.w.z., opz, treść udzielonych odpowiedzi na pytania), podał nazwę oferowanego oprogramowania „System Świtez” oraz podał wszystkie składniki Oprogramowania Standardowego precyzując je jako „Comarch Workflow suite”. W tym miejscu wskazać należy, iż odwołujący na okoliczność przeciwną żadnego dowodu nie złożył, a to na nim, jako osobie wywodzącej określone skutki prawne, spoczywa taki obowiązek, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp (Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą

przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy). Nie sposób bowiem wywieść, iż Oprogramowanie Standardowe zaoferowane przez Comarch Polska S.A. nie zawiera wszystkich wymaganych przez zamawiającego funkcjonalności opisanych w punkcie 4.3 załącznika nr 1 do Umowy opz. Odwołujący nie zaprzeczył oświadczeniom przystępującego Comarch Polska S.A., że produkt taki jest dostępny na rynku, co z kolei nie uniemożliwiało odwołującemu ustalenie, czy oferowane Oprogramowanie Standardowe „Comarch Workflow suite” jest zgodne z s.i.w.z. czy wręcz przeciwnie. Dlatego też Izba stwierdziła, wobec braku postępowania dowodowego ze strony odwołującego, że odwołujący nie udowodnił sprzeczności treści oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zupełnie inaczej należało podejść do treści oferty złożonej przez Sygnity, albowiem oferta ta w ogóle nie zawiera informacji na temat zaoferowanego oprogramowania standardowego, a tym samym brak jest możliwości ustalenia, jakie elementy wchodziły w skład takiego oprogramowania.

W tym miejscu podnieść należy, że zgodnie z utrwaloną i jednolitą linią orzecniczą odpowiedzi na pytania wykonawców kształtują, na równie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zakres wymagań zamawiającego co do danego zamówienia, co z kolei prowadzi do wniosku, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania, stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako sprzecznej z treścią s.i.w.z. - na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że wykonawca Sygnity, złożył w postępowaniu ofertę, której treść nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co z kolei wypełnia przesłankę do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3).

2. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji zastrzeżonych przez Comarch Polska i Sygnity jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pismem Sygnity z dnia 31 maja 2019 r., wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone przez niego w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 29 maja 2019 r. W ocenie odwołującego, zastrzeżenie to jest nieskuteczne, a tym samym zamawiający powinien był odtajnić ten dokument i udostępnić go wykonawcom. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Sygnity, że ujawnienie informacji, czy i jakie oprogramowanie wchodziące w skład Zintegrowanego Systemu Informatycznego „Świtez” przyjął do realizacji przedmiotu zamówienia, stanowić będzie zagrożenie

przedsiębiorstwa wykonawcy, gdyż inni wykonawcy poznają „szerszą koncepcję” związaną ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia. Sygnity nie wykazał, że dane wskazane w wyjaśnieniach są tajne i nie mogą zostać pozyskane w inny sposób. Z doświadczenia odwołującego wynika, że rynek usług informatycznych objętych przedmiotem zamówienia, jest na tyle zamknięty, zaś firmy powszechnie chwalą się swoimi osiągnięciami i zrealizowanymi projektami, że praktycznie wszyscy jego uczestnicy wiedzą, a co najmniej mogą się z łatwością dowiedzieć, jaki podmiot potencjalnie świadczy tego rodzaju usługi. Zatem gdyby rzeczywiście ktoś (konkurent Sygnity) chciał z takim kontrahentem nawiązać współpracę może to zrobić na podstawie powszechnie dostępnych informacji, a nie dlatego, że Sygnity taką informację podał w swoich wyjaśnieniach. Co więcej, Sygnity nie wykazał w żaden sposób, że podejmuje jakiekolwiek czynności mające zapewnić bezpieczeństwo informacjom objętym wyjaśnieniami. Nie można bowiem uznać za wystarczające odesłanie do uzasadnienia zastrzeżenia złożonego przez tego wykonawcę wraz z ofertą, w którym wskazuje (nota bene również głośno), w jaki sposób chroni informacje zawarte w wykazie usług czy osób. Po pierwsze, nie można przełożyć wprost sposobu ochrony jednego rodzaju informacji na ochronę drugiego rodzaju informacji. A należy przyznać, że dane zawarte w wykazie osób czy usług a zawarte w wyjaśnieniach dotyczących oprogramowania są diametralnie inne. Ponadto, Sygnity nie przedłożyło dowodów potwierdzających, że faktycznie opisywane czynności zabezpieczające są podejmowane. Biorąc pod uwagę, że to Sygnity dokonuje zastrzeżenia informacji i to Sygnity wywodzi z tego korzyści, to po stronie wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia okoliczności, na które się powołuje. Skoro jednak Sygnity nie sprostą temu obowiązkowi, zastrzeżenie uznać należy za nieskuteczne.

Odwolujący wskazał również, że zestawienie Oprogramowania Standardowego, o ile w ogóle zostało przez Sygnity podane w wyjaśnieniach nie jest jakąś szczególną wiedzą tajemną przysługującą tylko Sygnity. Zestawienie to jest zdeterminowane treścią s.i.w.z., szczególnie opisu przedmiotu zamówienia (dalej „opz”) i składa się (a przynajmniej powinno) z produktów (programów) powszechnie znanych. Odpowiednia kompletacja oprogramowania czy też sprzętu jest standardowym działaniem każdego wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienia i polega tylko na dopasowaniu właściwych programów do wymagań zamawiającego. Wiedza i takich programach (o odpowiednich funkcjach) jest powszechnie dostępna, w szczególności z Internetu, kart produktowych, informacji o producentów oprogramowania. Trudno w takim przypadku mówić o jakimś szczególnym know-how wykonawców, których aktywność ogranicza się do kompletacji, wymuszonej dokonaniem przez zamawiającego opisem przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego jedynym celem Sygnity utajnienia swych wyjaśnień było uniemożliwienie konkurencyjnym wykonawcom skontrolowania prawidłowości oferty.

Odnosnie wykonawcy Comarch Polska S.A., zdaniem odwołującego, z oświadczenia Comarch Polska złożonego w piśmie z dnia 24 czerwca 2019 r. wynika, że wraz z ofertą złożył zastrzeżenie, którym zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. wykaz usług i wykaz osób. Odwołujący nie otrzymał od zamawiającego tego dokumentu, w której znajduje się samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie zna treści samego zastrzeżenia ani jego uzasadnienia. Jeżeli zostało złożone uzasadnienie tego zastrzeżenia powinno ono zostać ocenione przez Izbę pod kątem jego zasadności. W szczególności, czy jest ono konkretne i odnosi się do informacji zawartych w tych wyjaśnieniach, czy podane tam uzasadnienie zostało w jakikolwiek sposób wykazane, udowodnione lub choćby wysoko uprawdopodobnione. Ponadto zbadaniu powinno podlegać to czy jest jakakolwiek podstawa do poczynienia tego rodzaju zastrzeżenia w odniesieniu do utajnionych informacji dotyczących podwykonawcy bądź podwykonawców. Niezależnie od braku udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez Comarch Polska i użytej tam argumentacji, odnosząc się do ogólnych zasad, odwołujący wskazał, że informacje zastrzeżone przez tego wykonawcę i nieodtajnione przez zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa „Wykazu usług”, odwołujący wskazał, co następuje. Zgodnie z definicją legalną pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”, za taką tajemnicę może być uznana określona informacja w przypadku kumulatywnego ziszczenia się następujących przesłanek:

- informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy i posiada wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa,
- informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Odnosząc się do pierwszej z powyższych przesłanek odwołujący wskazał, że informacje ujawniane w wykazie zrealizowanych usług są na tak wysokim poziomie ogólnikowości,

że brak jest podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Na podstawie wykazu można bowiem dowiedzieć się wyłącznie, na rzecz jakiego kontrahenta świadczone były usługi, jaką miały wartość, w jakim okresie były wykonywane oraz jaki był ogólny przedmiot danego zamówienia. Na podstawie wykazu nie sposób przede wszystkim ustalić takiej okoliczności, jaki był szczegółowy przedmiot zamówienia, gdyż pola w kolumnie „Opis przedmiotu wykonanej usługi (dostawy z wdrożeniem)” zostały wypełnione przez zamawiającego zgodnie z treścią s.i.w.z., a zatem Comarch Polska tych danych w ogóle nie musiał podawać. Ponadto, znajomość powyższych danych przez konkurentów Comarch Polska nie może im rynkowo zaszkodzić. Podkreślić należy, że w „Wykazie usług” nie wskazuje się informacji dotyczących podstawy prawnej, szczegółowych zasad współpracy, treści umów czy szczegółowego wynagrodzenia za dane zamówienie. Dopiero pozyskanie takich informacji przez konkurencyjne podmioty mogłoby zagrozić pozycji danego usługodawcy na rynku, gdy narazić na ryzyko utraty klientów. Nawet, gdy pewne informacje zawarte w Wykazie usług czy też w dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie miałyby charakter wrażliwy (co jest wysoce wątpliwe) nie ma żadnego powodu do zastrzegania tajemnicy informacji w odniesieniu do całości tych dokumentów. Wątpliwym jest ponadto, czy poza gołosłownymi twierdzeniami, Comarch Polska w jakikolwiek sposób wykazała, że faktycznie podejmuje działania mające na celu zapewnienie poufności objętych zastrzeżeniem informacji wskazanych w „Wykazie usług” oraz dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie. Skoro zaś wywodzi on z tych twierdzeń skutki prawne, to po jego stronie leży obowiązek ich udowodnienia.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że odtajnienie informacji zawartych w „Wykazie usług” oraz dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie nie doprowadzi do ujawnienia jakichkolwiek danych, których nie można by pozyskać w inny, nieproblematyczny sposób. W konsekwencji brak jest podstaw, aby zastrzeżone przez Comarch Polska informacje zamieszczone w „Wykazie usług”, jak i ww. dokumentach faktycznie uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podobnie jak w przypadku wykazu zrealizowanych usług, Comarch Polska zastrzegł również poufność informacji przedstawionych przez niego w załączniku nr 5 do siwz, tj. w wykazie osób. Z zastrzeżeniem, że odwołującemu nie jest znana ani treść zastrzeżenia ani jego uzasadnienie, na podstawie posiadanego doświadczenia domniemywać można, że Comarch Polska wskazała, że dane te stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, ponieważ posiadają wartość handlową - wskazują mianowicie poziom potencjału spółki. Co więcej, ujawnienie wykazu miałyby pozwolić konkurentom Comarch Polska na zidentyfikowanie specjalistów odpowiedzialnych za realizację zamówienia. Weryfikując, podobnie jak przy wykazie usług, poszczególne przesłanki uznania zastrzeżonych danych za tajemnicę przedsiębiorstwa, należy wskazać, co następuje. Przede wszystkim, w samym wykazie osób Comarch Polska zobowiązany był do wskazania jedynie imion i nazwisk osób, które będą zaangażowane na danych stanowiskach w postępowaniu. Pozostałe dane, w szczególności zakres wymaganego doświadczenia, zostały uzupełnione już przez zamawiającego. Biorąc pod uwagę przygotowany przez zamawiającego formularz oraz okoliczność, że zgodnie z pismem Comarch Polska z dnia 24 czerwca 2019 r. do wykazu załączone były certyfikaty jedynie dla dwóch stanowisk, tj. Eksperta ds. rozwiązań chmurowych i Eksperta ds. testów, nie można stwierdzić, w jaki sposób ujawnienie tych danych miałyby zagrozić przedsiębiorstwu wykonawcy.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że całkowicie niezasadne jest stanowisko, zgodnie z którym ujawnienie wykazu osób doprowadziłoby do umożliwienia konkurentom podkupienia pracowników. Taka argumentacja, zgodnie z orzecznictwem KIO (por. wyrok z dn.

06.02.2017 r., KIO 102/17, KIO 110/17) nie zasługuje na ochronę, a wręcz szkodzi: dobru publicznemu, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami i doświadczeniami. W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe. Podkreślić należy, że rotacja w zatrudnieniu osób wpisuje się z jednej strony w podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców, a z drugiej strony stanowi normalny element wolności pracowniczej do zmiany pracodawcy. Przede wszystkim jednak wysoce wątpliwa jest teza, że ujawnienie wykazu osób spowoduje „podkupienie” wskazanych tam osób. Takie sytuacje nie zdarzają się w praktyce, a jeżeli Comarch Polska twierdzi, że jest inaczej powinien był to udowodnić, a tylko stawiać taką gołosłowną tezę.

Odwołujący zaprzeczył tezie, że Comarch Polska (to samo dotyczy praktycznie wszystkich wykonawców na rynku IT) podejmuje działania zmierzające do utrzymania w tajemnicy dane swoich względnie „użyczonych” mu osób. Takie dane dostępne są w domenie publicznej i gdyby faktycznie ktoś chciał tych pracowników „podkupić”, nie musi do tego wykorzystywać wykazu osób. Nawet gdyby uznać, że niektóre z informacji zawartych w wykazie osób mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa to i tak nie ma żadnego powodu do zastrzegania tej tajemnicy w odniesieniu do całego dokumentu Wykaz osób.

Wobec powyższego, zastrzeżenie przez Comarch Polska tajemnicy przedsiębiorstwa wobec dokumentu „Wykaz osób” oraz załączonych do niego certyfikatów Eksperta ds. rozwiązań chmurowych oraz Eksperta ds. testów jest nieskuteczne zaś dokumenty te winny być zostać odtajnione przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie zaś z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.; dalej jako „ZNKU”) 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.

W zakresie tak ukształtowanego zarzutu, Izba zważyła, co następuje.

W orzecznictwie przyjęło się, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także udowodnienia, tj. wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, przystępujący Comarch Polska S.A. oświadczył (na posiedzeniu), że zweryfikował swoje stanowisko co do dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa wobec czego zdecydował się na odtajnienie uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, częściowego odtajnienia wykazu usług (w zakresie 3 pierwszych pozycji wykazu) oraz w zakresie wykazu osób (anonimizując dane osobowe osób i numery certyfikatów), które to dokumenty przekazał Izbie, odwołującym (w sprawie KIO 1317/19 oraz KIO 1322/19), zamawiającemu i przystępującym.

Wobec powyższego oświadczenia przystępującego Comarch Polska S.A., zamawiający oświadczył, że przyjmuje powyższe oświadczenie i podziela stanowisko Comarch Polska S.A., co do zasadności odtajnienia tych dokumentów. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że nie zmienia swojego stanowiska, co do bezzasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że czynność faktyczna dokonana przez Comarch Polska S.A. pozostaje bez wpływu na czynności procesowe w sprawie, albowiem przedmiotem oceny dokonywanej przez Izbę są czynności bądź zaniechania czynności zamawiającego, a w związku z tym, że zamawiający żadnych czynności faktycznych nie dokonał, przedmiotem rozpoznania pozostają zarzuty sformułowane w treści odwołania.

Biorąc zatem ustalony w sprawie stan faktyczny, oceniając treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokonanego przez Comarch Polska S.A., Izba stwierdziła, że Comarch Polska S.A. nie wykazał zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie usług i wykazie usług - w całości.

Izba w zakresie powyższego w całości podziela argumentację odwołującego, uznając ją za własną, dodatkowo podnosząc, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa Comarch Polska S.A., jest bardzo ogólnikowe, niepoparte żadnymi dowodami. Nadto wskazać należy, iż w treści listów referencyjnych (dla usług nadal zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa), wystawcy tych poświadczeń, nie zastrzegli, że usługi te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co wyklucza możliwość uznania tych informacji za zastrzeżonych taką klauzulą poufności.

Co do wykazu osób, Izba za zasadne uznała stanowisko odwołującego, dodatkowo poparte dowodami złożonymi na rozprawie, tj. wydrukami ze strony portalu społecznościowego LinkedIn, z których wprost wynika, że pracownicy Przystępującego Comarch Polska S.A. reklamują się na tych stronach (z imienia i nazwiska), że są pracownikami Comarch Polska S.A. oraz wykazują jakie piastują w tej firmie stanowiska.

Izba stwierdziła, że przynajmniej dla jednej osoby podanej w wykazie osób, potwierdziła się jej obecność na tym portalu. Powyższe czyni zadość stanowisku, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dla wykazu osób jest niezasadne. Izbie nie umknęło również oświadczenie złożone przez przystępującego Comarch Polska S.A., który oświadczył, że polityka

bezpieczeństwa firmy, nie zakazuje swoim pracownikom prezentowania swoich danych na portalach społecznościowych.

Tym samym Izba uznała, że zarówno wykaz usług wraz z referencjami, jak i wykaz osób w pełni podlega upublicznieniu, a zastrzeżenie dokonane przez Comarch Polska S.A. jest bezzasadne.

W zakresie zaniechania udostępnienia odwołującemu wyjaśnień Sygnity z dnia 31 maja 2019 r., zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, iż przystępujący Sygnity, nie wykazał zasadności zastrzeżenia przedmiotowych informacji. Izba za odwołującym (przyjmując stanowisko odwołującego za własne) stwierdziła, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach nie wypełniają przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazać bowiem należy, że informacje tam przedstawione dotyczące stricte przedmiotu zamówienia nie stanowią know-how tego wykonawcy, a prezentują jedynie jakimi powszechnie dostępnymi programami i platformami zamierza się posłużyć wykonawca Sygnity, do realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, każdy profesjonalny podmiot zajmujący się świadczeniem usług tożsamych z przedmiotem zamówienia nie będzie miał problemu z prawidłową konfiguracją oprogramowania wykorzystując dostępne mu oprogramowanie „częściowe” czy wykorzystując określone środowisko. Ogólnie dostępną wiedzą jest albowiem fakt, iż każdy z wykonawców współpracuje lub np. jest przedstawicielem firm produkujących określone oprogramowania, dzięki czemu posiada określone statusy partnerów handlowych, dzięki czemu sposób rozwiązywania określonego zadania dostosowuje w ten sposób, aby był on jak najbardziej konkurencyjny, w szczególności w przetargach publicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania (15 000,00 zł) oraz wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600,00 zł).

Dnia 11 lipca 2019 roku wykonawca Sygnity S.A. (dalej „Odwołujący lub Sygnity”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. (dalej jako „Comarch”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Comarch jako oferty, w której istotna część składowa ceny stanowi rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie - o ile brak wezwania do wyjaśnień w tym zakresie należy uznać za uniemożliwiający uwzględnienie zarzutu rażąco niskiej ceny - zaniechaniu wezwania Comarch do złożenia wyjaśnień w oparciu o treść przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Comarch, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) bezpodstawnym zaniechaniu udostępnienia odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Comarch, w szczególności w postaci: uzasadnienia utajnienia zastrzeżonych przez Comarch informacji, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykazu osób, udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Comarch, pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z nieodrzczeniem oferty Comarch, w której istotna część zaoferowanej ceny stanowi rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Comarch do wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej zaoferowanej ceny,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z nieodrzczeniem oferty Comarch, której

złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastosowane nieuprawnionej inżynierii cenowej w treści złożonej oferty,

4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Comarch wraz z dostarczonymi dowodami a także dokumentów dostarczonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, że informacje stanowiące uzasadnienie utajnienia a także informacje stanowiące część wyjaśnień oraz dostarczone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Comarch,
- 2) odrzucenia oferty Comarch z postępowania, względnie wezwania Comarch do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i w przypadku nieudowodnienia, iż istotny element w ofercie Comarch nie stanowi rażąco niskiej ceny lub też, że nie został popełniony czyn nieuczciwej konkurencji - odrzucenia oferty Comarch,
- 3) dokonanie powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Oferta odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Wskutek niezgodnych z ustawą Pzp czynności podjętych przez zamawiającego (w szczególności nieodrzucenia oferty wykonawcy Comarch) oferta odwołującego nie została wybrana przez zamawiającego, jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu, co uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, odwołujący może ponieść szkodę - utraci przychód z przedmiotowego zamówienia, w tym zakładany zysk. Powyższe dowodzi istnienia po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Comarch Polska S.A., natomiast po stronie odwołującego, skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca S&T Services Polska sp. z o.o.

Przystępujący Comarch Polska S.A. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

1. W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z nieodrzuconiem oferty Comarch, w której istotna część zaoferowanej ceny stanowi rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, względnie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie Comarch do wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej zaoferowanej ceny oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z nieodrzuconiem oferty Comarch, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastosowane nieuprawnionej inżynierii cenowej w treści złożonej oferty, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż w ofercie Comarch - w przeciwieństwie do wszystkich pozostałych ofert - koszt w szczególności jednej pozycji, a dokładnie „Wykonania oprogramowania Świtez”, stanowiącej główne świadczenie wykonawcy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, zdecydowanie odbiega od cen zaoferowanych tak przez pozostałych wykonawców w ramach postępowania (za wyjątkiem odrzuconej oferty IST, której cena co do zasady odbiegała znacznie od wszystkich złożonych w postępowaniu ofert), jak i najprawdopodobniej od szacunkowej wartości dla tego elementu przyjętej przez zamawiającego w tym postępowaniu. W ramach przedmiotowego postępowania ceny tego elementu przedmiotu zamówienia w kontekście wartości całej oferty kształtowały się następująco:

Nazwa wykonawcy	Wartość łączna oferty	Wartość za: „Wykonanie Oprogramowania Świtez”	Udział procentowy „wykonania” (jak obok) w stosunku do kwoty całej oferty
IST	6 314 205,00	3 136 500,00	49,67 %
Comarch	11 988 933,00	4 109 005,57	34,27 %
Sygnity	12 297 540,00	7 750 353,00	63,02 %
S&T	15 199 494,24	9 172 859,24	60,35 %
Comp	22 238 113,32	13 120 420,62	59,00 %

Zdaniem odwołującego, z powyższego zestawienia wynika jednoznacznie, że o ile łączne wynagrodzenie mogło nie budzić wątpliwości zamawiającego co do jego rynkowego charakteru, o tyle już składowa cena za największy i najbardziej istotny element przedmiotu zamówienia wyodrębniony zgodnie z s.i.w.z. (tj. Wykonanie Systemu Świtez), w ofercie Comarch jest rażąco niska. Co istotne, zgodnie z orzecznictwem KIO dopuszczalna jest ocena poszczególnych składników ceny pod kątem ustalenia ceny rażąco niskiej. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO dopuszczalność odrębnego badania elementów składowych ceny dotyczy sytuacji, gdy mamy do czynienia:

- z ceną za realizację opcji,
- z ceną stanowiącą odrębne kryterium oceny ofert,
- z ceną stanowiącą odrębny przedmiot rozliczeń.

Wykonanie Systemu Świtez stanowi samoistny i odrębny element rozliczeń. W konsekwencji należy uznać, iż zamawiający ma obowiązek oceny tego elementu wynagrodzenia wskazanego w ofercie Comarch pod kątem rażąco niskiej ceny i w przypadku uznania, że stanowi on rażąco niską cenę - odrzucenia oferty Comarch z postępowania. Mając na uwadze te uwagi natury ogólnej oraz informacje odnoszące się do treści złożonych ofert w kontekście wskazanego elementu przedmiotu zamówienia odwołujący zwrócił uwagę, że w ofertach większości oferentów waga zadań do realizacji w ramach „wykonania systemu” stanowi poziom ok. 60% całości oferty. Dla najtańszego oferenta poziom ten spadł do 50%. Natomiast jedynie Comarch wykazał to zadanie na poziomie 35% wartości całej oferty. Wartość wskazana przez Comarch znacznie (powyżej 30% odbiega zarówno od średniej arytmetycznej ofert złożonych przez wszystkich wykonawców, jak i najprawdopodobniej od szacunków zamawiającego w tym przedmiocie. Mając na uwadze powyższe, w ocenie odwołującego już choćby z tego względu po stronie zamawiającego powinny pojawić się wątpliwości obciążające go - w świetle treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - do wezwania Comarch w zakresie złożenia wyjaśnień w odniesieniu do tej części składowej ceny tego wykonawcy. Jak bowiem wynika z treści powołanego przepisu „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i 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, w szczególności w zakresie: (...)”. W przypadku pojawienia się wątpliwości w zakresie możliwości wykonania danego elementu przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wezwanie do wyjaśnień nie stanowi prawa, ale obowiązek zamawiającego, na co

wskazuje wprost użycie w treści tego przepisu sformułowania: „zwraca się”. Oczywiście zgodnie z dyspozycją tego przepisu to do zamawiającego należy ocena, czy dana istotna część składowa ceny oferty konkretnego wykonawcy budzi jego wątpliwości czy też nie, tym niemniej w sytuacji, w której - tak jak mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie - dysproporcja pomiędzy najważniejszym i największym elementem przedmiotu zamówienia, a pozostałymi elementami OPZ podlegającym wycenieniu jest tak istotna oczywistym wydaje się wniosek, iż rodzi to po stronie zamawiającego konieczność wyjaśnienia takiego stanu rzeczy.

Z perspektywy odwołującego, na podstawie posiadanych przez siebie informacji zamawiający miał pełne prawo, a wręcz obowiązek, aby o takie wyjaśnienia zwrócić się do Comarch. Jak wskazano powyżej w sposób oczywisty cena elementu „Wytworzenie oprogramowania Świteż” jest zdecydowanie niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert dla tego elementu (średnia wynosi 7,46 mln zł, zaś cena zaoferowana przez Comarch stanowi ok. 55% tej kwoty). Odwołujący wskazał, że nie dysponuje szczegółową informacją na temat szczegółowego rozbitcia szacunkowej wartości zamówienia na poszczególne elementy, tym niemniej na podstawie ogólnie dostępnych (w tym na stronie internetowej zamawiającego) materiałów można pokusić się o wyciągnięcie konkretnych wniosków na temat szacunku zamawiającego w odniesieniu do przedmiotowej części zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zamawiający przed ogłoszeniem postępowania przeprowadził publiczną prezentację Projektu z uwagi na to, iż zamówienie to jest współfinansowane ze środków UE w ramach realizacji Projektu Świteż. Prezentowany wtedy układ i podział zadań w ramach projektu co prawda nie odpowiada wprost układowi niniejszego zamówienia, tym niemniej jego podstawowe elementy co do zasady można odnaleźć również w prezentowanych przez zamawiającego podczas prezentacji informacjach. Oczywiście protokół z publicznej prezentacji nie obejmuje precyzyjnego opisu zadań jakie Zamawiający planował do realizacji w ramach danych pozycji kosztowych (w jego treści wskazano jedynie z nazwy konkretne zadania, które miały pierwotnie stanowić przedmiot odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego), natomiast dane te niewątpliwie pozwalają uzyskać obraz potencjalnych wartości szacunkowych przyjętych przez Zamawiającego na potrzeby niniejszego zamówienia. Jeśli więc przyjąć, że wartości wskazywane w ramach publicznej prezentacji dla pozycji Wytworzenie systemu Świteż wraz ze szkoleniem z obsługi systemu oraz przeprowadzenie testów bezpieczeństwa odpowiada aktualnemu zakresowi prac wskazanemu w ramach przedmiotowego postępowania dla pozycji „Wykonanie Oprogramowania” oraz „Szkolenia” to powinniśmy dojść do wniosku, iż szacunkowa wartość tych elementów jest najprawdopodobniej bardzo zbliżona, o ile nie tożsama. Biorąc to pod uwagę, należałoby dojść do wniosku, iż cena w zakresie wytworzenia Systemu wskazana w ofercie Comarch w sposób oczywisty odbiega więc nie tylko od ceny średniej arytmetycznej pozostałych ofert, ale zapewne też od szacunkowej wartości zamówienia dla tego elementu przedmiotu zamówienia. Tym niemniej, aby wykazać, iż cena przedmiotowego elementu ma charakter ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należy więc odnieść się przede wszystkim do zakresu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do tej jego części. Opierając się wyłącznie na danych zawartych w formularzu oferty można zauważyć, iż tak niska cena wykonania tego elementu przedmiotu zamówienia znajduje przełożenie w pracochłonności związanej z wykonaniem zadań objętych tą częścią OPZ. W ocenie odwołującego sumaryczna wartość liczby roboczogodzin, jakie Comarch zamierza poświęcić na wykonanie tego elementu przedmiotu zamówienia jest tak mała, że w istocie nie umożliwia realnie wykonania tej części przedmiotu zamówienia w podanym przedziale czasowym. Jeśli dodatkowo uwzględnić, iż szacunkowa wartość usług gwarancji i wsparcia w 5 letnim okresie objętym przedmiotem zamówienia podstawowego (obliczona na podstawie stawek za te usługi dla zamówienia opcjonalnego) to kwota oscylująca na poziomie ok. 3 600 tys. złotych brutto okazuje się, że realna cena samego wytworzenia Systemu Świteż w ofercie Comarch to kwota niewiele większa niż 500 tys. zł. Jeśli do tego dochodzi konieczność wykonania dodatkowo np. testów bezpieczeństwa wycenionych przez zamawiającego na ok. 620 tys. zł oraz realizacja pozostałych elementów przedmiotu zamówienia cena zaoferowana przez Comarch jawi się jako zupełnie niewiarygodna. Dokonując prostego rachunku na podstawie informacji z formularza ofertowego Comarch w zakresie ceny gwarancji i wsparcia za okres dodatkowych 2 lat świadczenia tych usług w ramach zamówienia opcjonalnego (kwota z oferty Comarch to 1 440 251,28 złotych brutto) można przyjąć, iż proporcjonalnie cena tej usługi za okres 5 lat w podstawowym zakresie świadczenia tych usług zawartym w ramach zamówienia podstawowego powinna kształtować się na poziomie 3 600 628,20 złotych brutto. Warto w tym miejscu dodatkowo zaznaczyć, że o koszt realizacji usług gwarancyjnych i wsparcia z punktu widzenia cyklu życia systemu w pierwszym okresie świadczenia tych usług zawsze jest wyższy niż okres późniejszy, dlatego też kwota tych usług podana dla okresu późniejszego w ofercie Comarch co do zasady nie będzie niższa dla okresu wcześniejszego, a może być co najwyżej wyższa niż przyjęta w powyższym wyliczeniu. Jeśli tak, to oznacza to, że koszt usług gwarancji i wsparcia w wymaganym okresie de facto ponad 85% łącznych kosztów realizacji zamówienia podstawowego. Jeśli tak, to w ocenie odwołującego wykonanie pozostałej części zamówienia podstawowego za kwotę stanowiącą różnicę między ceną tego elementu

oferty, a ceną realizacji usług gwarancyjnych wsparcia jest absolutnie niemożliwe.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny może w pewnych przypadkach przybrać również postać czynu nieuczciwej konkurencji. W związku z brakiem wyjaśnień złożonych przez Comarch odwołującemu nie jest znana motywacja wybranego wykonawcy w zakresie zastosowania tak niskiej ceny istotnego elementu przedmiotu zamówienia. Tym niemniej co do zasady należy wskazać, iż oprócz pominięcia w wycenie istotnych elementów kosztotwórczych, albo też ich ewidentnemu zaniżeniu poniżej poziomu ponoszonych kosztów możliwa jest również trzecia możliwość, a mianowicie taka, iż część kosztów, które winny były zostać skalkulowane w ramach elementu o nazwie „Wytworzenie oprogramowania Świtez” została przeniesiona do innych elementów przedmiotu zamówienia. Na taką możliwość wskazywać może bardzo niewielka różnica w cenie ogólnej za wykonania przedmiotu zamówienia pomiędzy ofertą Comarch, a ofertą Odwołującego. Stąd też Odwołujący nie kwestionował możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za podaną w ofercie cenę całkowitą, kwestionuje natomiast możliwość wykonania istotnego jej elementu, w postaci wytworzenia oprogramowania Świtez. Zwrócić należy uwagę, iż w tym kontekście, biorąc pod uwagę fakt, iż ww. element przedmiotu zamówienia stanowi odrębnie wyceniany i następnie rozliczany w ramach umowy element przedmiotu zamówienia Wykonawca winien potrafić wykazać, iż cena poszczególnych elementów jego oferty, stanowiących odrębny przedmiot płatności nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. W przeciwnym wypadku, gdyby okazało się, że część kosztów związanych z wykonaniem tego elementu przedmiotu zamówienia została przerzucona do innych pozycji kalkulacyjnych niewątpliwie mielibyśmy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, co zmuszałoby Zamawiającego do odrzucenia oferty Comarch na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. Zgodnie z przepisem art. 15 ustawy o ZNK jest m.in.: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, (...)”. Mając powyższe na względzie oczywistym jest zatem, że o ile w toku ewentualnego postępowania wyjaśniającego okazałoby się, iż doszło do przerzucenia kosztów pomiędzy różnymi pozycjami formularza ofertowego, to mielibyśmy w tym przypadku dodatkowo do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, co prowadzi do wniosku, o konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Comarch w takim przypadku.

W zakresie wskazywanych wyżej zarzutów Izba, dzieląc stanowisko zamawiającego i przystępującego Comarch Polska S.A. wskazuje co następuje.

Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp następuje wówczas, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty możliwe jest dopiero po uprzednim wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym należy podkreślić, że aby tę okoliczność badać muszą zostać spełnione przesłanki wynikające wprost z art. 90 ust. 1 albo ust 1a ustawy Pzp. Jak słusznie wskazał zamawiający, wykazany Szacunek pracochłonności obejmował kwoty przedstawione w publicznej prezentacji Projektu. Należy jednak podkreślić, że zamawiający od czasu upublicznienia prezentacji Projektu do czasu otwarcia ofert, znacznie zmodyfikował Opis Przedmiotu Zamówienia, kilkakrotnej zmianie ulegał też termin otwarcia ofert spowodowany modyfikacją OPZ, na skutek pytań, jakie wykonawcy złożyli w przedmiotowym postępowaniu (zamawiający odpowiedział na ponad 250 pytań). W związku z powyższym niewątpliwie pracochłonność uległa znacznej zmianie. Zasadnym jest również twierdzenie, że zamawiający nie może ingerować w sposób wykonania zamówienia, tym bardziej nie ma prawa narzucać technologii i sposobu wykonania zamówienia poprzez określenie ilości godzin prac związanych z budową systemu ani oprogramowania użytego do jego budowy. Powyższe prowadzi do konstatacji, iż zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w opracowaniu koncepcji realizacji zamówienia, z zastrzeżeniem obowiązku osiągnięcia określonego celu zgodnego z wytycznymi opisanymi w OPZ.

W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo ustalił, że produkt Comarch Workflow Suite jest produktem dostępnym na rynku i został już wdrożony u innych podmiotów. Jest to produkt standardowy, gotowy, a przystępujący Comarch Polska S.A. będzie dostosowywał go do wymagań zamawiającego, opisanych w s.i.w.z., bez konieczności ponoszenia znaczących kosztów wynikających z opracowania oprogramowania od podstaw. Zatem ani obiektywne, ani subiektywne przesłanki do żądania wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wystąpiły. Za całkowicie pozbawione podstaw i gołosłowne należy uznać twierdzenia odwołującego o braku możliwości sprawdzenia oprogramowania oferowanego przez Comarch Polska S.A. Okoliczność, że dany produkt nie daje się „wygooglować” nie oznacza jeszcze, że nie jest dostępny na rynku. A odwołujący okoliczności istnienia tego rodzaju oprogramowania nie zaprzeczył. Profesjonalista, jakim z całą pewnością jest odwołujący ma świadomość,

iz oprogramowania specjalne mogą być dostępne wyłącznie na indywidualne zapytanie, być może nawet powiązane z możliwością współpracy. Tym samym twierdzenia odwołującego konieczności stworzenia danego produktu od podstaw, co wiąże się ze znacznym nakładem pracy, uznać należało za bezzasadne. W ocenie Izby, Comarch Polska S.A. dysponując produktem już gotowym, który na potrzeby przedmiotowego postępowania zostanie dostosowany, mógł zaproponować takie stawki jednostkowe, ponieważ bazuje na swojej wiedzy i praktyce zawodowej.

Na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie ma jednego, prawidłowego wzorca wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czy też katalogu dowodów, które winien złożyć wykonawca, by jego oferta nie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Nie budzi wątpliwości fakt, iż pewne dane przyjmowane przez wykonawców do obliczenia ceny ofertowej mogą wynikać z nabytej przez wykonawców na przestrzeni lat praktyki zawodowej. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia, w przypadku gdy przedmiot zamówienia obejmuje wycenę usług intelektualnych, których głównym budulcem ceny są wynagrodzenia specjalistów, a w opisie przedmiotu zamówienia brak jest szczegółów co do pracochłonności poszczególnych osób niezbędnych do wykonania zamówienia. Zauważyć również należy, iż wycena pracy specjalistów, w sytuacji gdy zamawiający nie precyzuje w opisie przedmiotu zamówienia liczby godzin niezbędnej do prawidłowego wykonania zamówienia jest trudno mierzalna (vide: wyrok z dnia 31 października 2018 roku, sygn. akt KIO 2036/18). Zdaniem Izby, przedmiot niniejszego zamówienia należy właśnie zakwalifikować do sfery usług intelektualnych, co oznacza, że wycena końcowa dla produktu finalnego nie daje się wprost wywieść z godzin pracy określonych specjalistów. Tym bardziej w sytuacji, gdy mamy do czynienia z produktem istniejącym, który ma zostać jedynie odpowiednio zmodyfikowany. Jak słusznie wskazywała Izba w wyżej cyt. wyroku „Jeżeli podstawą kalkulacji ceny oferty będą własne założenia i polityka cenowa danego wykonawcy, to oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie można abstrahować od indywidualnych okoliczności i warunków, w których działa dany wykonawca, albo arbitralnie przyjmować, że każdy wykonawca ponosi identyczne koszty działalności w danej branży. Zatem aby stwierdzić, iż oferta danego wykonawcy winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę konieczne jest wykazanie, że dany wykonawca, działający w konkretnych warunkach nie jest w stanie za określoną cenę wykonać w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia.”.

Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał, po pierwsze, że cena oferty wykonawcy Comarch Polska S.A. w zakresie wykonania oprogramowania Świtez, jest ceną rażąco niską, albowiem poza samodzielnie dokonaną analizą porównawczą bazującą na stricte matematycznych równaniach nie przedstawił jakie faktyczne koszty należy ponieść i jaki jest potrzebny nakład pracy (czasochłonność) aby takie oprogramowanie wykonać. Uzależnianie ceny produktu podstawowego od wyceny warunków gwarancji zdaje się daleko posuniętą próbą ingerencji w sposób kalkulacji ceny, tym bardziej, że dotyczy to warunków gwarancji opcjonalnej. Po drugie, co z kolei jest konsekwencją pierwszego, odwołujący nie wykazał zasadności zaniechania zamawiającego zastosowania procedury opisanej przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Albowiem skoro, całkowita cena oferty Comarch Polska S.A. nie odbiega w sposób znaczny od średniej ofert składanych w postępowaniu (w tym w szczególności odwołującego) to przy uwzględnieniu okoliczności, że wykonawca ten dysponuje już gotowym produktem (do odpowiedniego dostosowania), brak jest możliwości uznania, że jeden z elementów wyceny oferty, podlega wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w związku z nieodrzceniem oferty Comarch, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastosowane nieuprawnionej inżynierii cenowej w treści złożonej oferty, wskazać należy, iż odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczności, które powołuje w treści odwołania. Odwołujący w odwołaniu stawia jedynie hipotetyczne założenia, które niemożliwe są do zweryfikowania, a to na odwołującym spoczywa ciężar dowodowy. Za kluczową w tym względzie okoliczność należy wskazać, iż całościową kwotę za realizację zamówienia, zarówno przystępujący jak i odwołujący złożyli na bardzo zbliżonym poziomie, stąd należy uznać, że co do zasady są one rynkowe, co z kolei oznacza, że brak jest możliwości stwierdzenia, że wykonawca Comarch Polska S.A. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

2. Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 8 ust.

1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień złożonych przez Comarch wraz z dostarczonymi dowodami a także dokumentów dostarczonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, że informacje stanowiące uzasadnienie utajnienia a także informacje stanowiące część wyjaśnień oraz dostarczone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, co następuje.

Zdaniem odwołującego, mając na uwadze, że Comarch zastrzegł zarówno uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części składanych informacji (w szczególności zawartych w wykazach usług oraz osób oraz zobowiązaniach do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich wraz z dokumentami dotyczącymi tych podmiotów), uznać należy, że nie dochował on należytej staranności w ocenie informacji, które stanowią realnie i bezspornie tajemnicę przedsiębiorstwa. Same uzasadnienie nie może zostać bowiem uznane za informacje o takim charakterze. Tym bardziej wydaje się, że w samych wyjaśnieniach więcej jest informacji, które co do zasady nie są chronione. Wszystkie wyjątki od zasady generalnej muszą mieć swoje źródło w normie rangi ustawowej i być interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (tak: wyrok KIO z dnia 7.06.2011 r. KIO 1072/11). To na zamawiającym spoczywa obowiązek rzetelnej oceny zastrzeżonych informacji, czego w ocenie odwołującego, zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania nie dokonał.

Odwołujący wskazał, iż Comarch zastrzegł też w sposób zupełnie bezrefleksyjny, a przez to nieprawidłowy wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia. Podobnie jak w przypadku wykazu usług utajnieniu winny podlegać konkretne informacje, a nie dokument jako taki. Wydaje się zupełnie oczywistym, iż dokonując badania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zamawiający powinien był dokonać weryfikacji konkretnych informacji pod kątem spełniania przez nie przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje najnowsze orzecznictwo Izby w powyższym zakresie: „Zastrzeżenie informacji dotyczących pracowników Przystępujący uzasadniał obawą przed "podbieraniem" pracowników przez konkurencję (ang. employee poaching), z pozyskaniem których poniósł wysokie koszty, a osłabienie tego zespołu pogorszyłoby jego pozycję na rynku. Niewątpliwie, mając na uwadze sytuację na rynku pracowników IT, należy uznać, że takie zagrożenie istnieje. Jednakże, jeżeli nie zostaną ujawnione dane personalne ww. osób, ryzyko takie zostanie wyeliminowane. Jednocześnie pozwoli to na zachowanie równowagi pomiędzy zasadą jawności postępowania a interesem Przystępującego, którego pracowników dane w dalszym ciągu będą chronione. Należy przy tym dodać, że samą informację, iż Przystępujący dysponuje pracownikami legitymującymi się wymaganymi w SIWZ certyfikatami, wykonawca ujawnił składając ofertę w postępowaniu - bowiem z samej tej czynności wywieść należy, że uznaje on, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu - w tym właśnie dysponowania odpowiednim zasobem kadrowym, określonym w pkt 1.3.2. SIWZ. Mając na uwadze, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, nie zaś dokumenty, jak również uwzględniając konieczność zapewnienia jawności w możliwie najszerszym, wyznaczonym granicami prawnie chronionego interesu wykonawcy, zakresie Izba za zasadne uznała ujawnienie Załącznika 5 do SIWZ - wykazu osób przedłożonego dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, przy usunięciu danych personalnych podstawy dysponowania".

W końcu w odniesieniu do treści zastrzeżonych informacji w zakresie nazw podmiotów udostępniających swoje zasoby, treści zobowiązań do udostępnienia przez te podmioty swoich zasobów oraz dokumenty formalne odnoszące się do tych podmiotów (JEDZ, dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania) odwołujący wskazał, iż w braku jakiejkolwiek informacji o powodach zastrzeżenia tych informacji w ofercie Comarch należy podnieść, iż odwołujący może jedynie wnosić o weryfikację podstaw tego zastrzeżenia, gdyż w ocenie odwołującego istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż Comarch nie wykazał w wystarczającym stopniu spełnienia przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia.

Odwołujący podniósł, iż wadliwość zastrzeżenia i braku dochowania należytej staranności w tym zakresie przez zamawiającego wskazuje m.in. fakt, że Comarch zastrzegł nie tylko informacje istotne, ale także sama argumentację takiego zastrzeżenia, co samo w sobie dowodzi, że ani wybrany wykonawca ani tym bardziej zamawiający nie dokonali oceny, co powinno zostać zastrzeżone w zgodzie z przepisami ustawy Pzp i u.z.n.k.

W powyższych okolicznościach faktycznych odtajnienie wyjaśnień i dokumentów złożonych przez Comarch może mieć istotne znaczenie dla rzetelnej oceny złożonej oferty. Nieodtajnienie ich nie pozwala innym wykonawcom na weryfikację prawdziwości złożonych wyjaśnień. Cytując za Krajową Izbą Odwoławczą: „Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy

przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k." (wyrok z dnia 4.12.2017 r. KIO 2411/2017).

W zakresie powyższego zarzutu, Izba w całości powołuje się na uzasadnienie w sprawie KIO 1317/19 oraz w całości podziela argumentację odwołującego w tej sprawie, uznając ją za własną.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając w 14 koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w stosunku 14 z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania w 14 wysokości wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, obciążono zatem odwołującego i zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 597,75 zł.

Przewodniczący:

Członkowie: