Sygn. akt KIO 3503/20

WYROK

z dnia 21 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 stycznia 2021r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. **przez odwołującego:** SmallGIS Sp. z o.o. ul. Wadowicka 8a, 30-415 Krakóww postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Główny Urząd Nadzoru Budowlanego ul. Krucza 38/42, 00-926 Warszawa

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego: NET PC Sp. z o.o. ul. Gradowa 11, 80-802 Gdańsk

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje ponowną ocenę celem wyboru najkorzystniejszej oferty
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zamawiającego
   i
3. zalicza w poczet kosztów postepowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego SmallGIS Sp. z o.o. ul. Wadowicka 8a, 30-415 Kraków tytułem wpisu od odwołania
4. zasądza od zamawiającego Główny Urząd Nadzoru Budowlanego ul. Krucza 38/42, 00-926 Warszawa kwotę 9.300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) na rzecz odwołującego SmallGIS Sp. z o.o. ul. Wadowicka 8a, 30-415 Kraków stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego. W pozostałym zakresie koszty postępowania odwoławczego znoszą się wzajemnie.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) 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: ……..……

Uzasadnienie

Odwołanie wniesione dnia 28 grudnia 2020 roku; znak sprawy: BAF.260.9.2020.

Przedmiot zamówienia: przetarg nieograniczony w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego pn. "Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie w infrastrukturze teleinformatycznej wskazanej przez Zamawiającego, systemu teleinformatycznego dziennika budowy"

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z 29. stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. Poz. 1579), zwanej dalej p.z.p. wniesiono odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest " Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie w infrastrukturze teleinformatycznej wskazanej przez Zamawiającego, systemu teleinformatycznego dziennika budowy", tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty NET PC sp. z o.o./przystępującego po stronie zamawiającego/wykonawcy wybranego.

Powyższej czynności zarzucono:

1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 5 p.z.p, tj. brak wykluczenia NET PC sp. z o.o. z udziału w przedmiotowym postępowaniu i odrzucenia jego oferty, ponieważ oferta tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału o którym mowa w rozdziale IV SIWZ pkt. 1.2.2.1 ppkt. 1, tj.. podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby firmie NET PC sp. z o.o. - Alterout IT Sp. z o.o. nie wykonał w ciągu ostatnich trzech lat co najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy), polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publiczne, który charakteryzował się łącznie następującymi cechami:

a)został wykonany w wersji webowej,

b)został zbudowany w architekturze wielowarstwowej i wykorzystuje relacyjne lub relacyjno-obiektywne bazy danych,

c)wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna), zgody z wytycznymi REST jako miejsca styku pomiędzy systemami.";

gdy tymczasem usługa wykonana przez podmiot udostępniający swoje zasoby, tj. Alterout IT Sp. z o.o;. polegała na wykonaniu dwóch zamówień publicznych, których łączna wartość przekracza kwotę 500 000 zł brutto, co w konsekwencji doprowadziło do niezastosowania art. 24 ust. 4 p.z.p., tj. nie odrzucania ofert NET PC sp. z o.o.

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ oferta tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału o którym mowa w rozdziale IV SIWZ pkt. 1.2.2.1 ppkt. 1, tj. podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby firmie NET PC sp. z o.o. - Alterout

IT Sp. z o.o. nie wykonał w ciągu ostatnich trzech lat ca najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy), polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publiczne, który charakteryzował się łącznie następującymi cechami:

a)został wykonany w wersji webowej,

b)został zbudowany w architekturze wielowarstwowej i wykorzystuje relacyjne lub relacyjno-obiektywne bazy danych,

c)wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna), zgodny z wytycznymi REST jako miejsca styku pomiędzy systemami.", gdy tymczasem usługa wykonana przez podmiot udostępniający swoje zasoby, tj.

Alterout IT Sp. z o.o... polegała na wykonaniu dwóch zamówień publicznych, których łączna wartość przekracza kwotę 500 000 zł brutto, co w konsekwencji doprowadziło do niezastosowania art. 24 ust. 4 p.z.p., tj. nie odrzucania ofert NET PC sp. z o.o.

3.Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p., ponieważ złożona przez NET PC sp. z o.o. oferta zawiera rażąco niską cenę, gdyż stawki oferowane przez tego oferenta NET PC sp. z o.o. są znacznie niższe niż stawki oferowane przez tego samego oferenta lub podmioty powiązane z nim kapitałowo lub osobowe w innych postępowaniach.

4.Naruszenie art. 8 ust. 3 pz.p. oraz art. 96 ust. 3 p.z.p, tj. brak udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów pisma NET PC sp. z o.o. wraz z uzasadnieniem co do przesłanek objęcia ich wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, co do rażąco niskiej ceny, gdy tymczasem w orzecznictwie przyjmuje się, że sposób obliczenia ceny jest jawny i jako taki nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na względzie powyższe, odwołujący wnosi o:

1.Uwzględnienie Odwołania i obciążenia Zamawiającego kosztami odwołania.

2.Unieważnienie-czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3. Wykluczenie wykonawcy Net PC sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jego oferty.

4.Ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert.

5.Nakazanie udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów przedłożonych w toku postępowania przez wykonawcę NET PC, w tym w szczególności:

a)złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny — Net PC sp. o.o.

b)złożone na wezwanie Zamawiającego dodatkowe wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny — Net PC sp. z o.o.,

c)załącznik nr 9 do SIWZ oraz umowy poufności osób wskazanych w Wykazie Osób -

złożone przez NET PC sp. z o.o.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów, ustawy, ponieważ złożył prawidłowo przygotowaną ofertę, która w świetle przyjętych w niniejszym postępowaniu kryteriów oceny może być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może też ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, ponieważ zaniechanie wykluczenia Net PC. z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy, oraz odmowa udostępnienia informacji pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, albowiem niezgodne z przepisami ustawy czynności/zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia przez Odwołującego w ramach prowadzonego Postępowania.

Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 18 grudnia 2020 roku. Termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust.1 pkt 2 ustawy został zachowany.

Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 28 grudnia 2020 roku, tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy.

Ponadto odwołujący wnosi o dopuszczenie następujących dowodów:

Dowód nr 1 a: załącznik nr 89 do protokołu postępowania: 6. Wykaz usług spełniający wymagania Zamawiającego (załączony w akta sprawy);

Dowód nr 1 b: załącznik nr 89 do protokołu postępowania: 7 lit. a Poświadczenie referencje z dnia 26. 11. 2002 wystawione przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dla Alterout IT Sp. z o.o. (załączony w akta sprawy)

Dowód 2a: SIWZ_UR.GDG;.DGZ.26.12.2016.SC....

Dowód 2b:'informacja z Otwarcia ofert,

Dowód 2c: informacja o wyborze oferty

Dowód 3a: Dowód_3a_SIWZ jjR.GDG.DGZ.26.07.2017.SC

Dowód 3b: informacja z otwarcia ofert,

Dowód 3c: informacją o wyborze oferty

Dowód 4a: Pismo SmallGIS- udostępnienie protokołu postępowania z dnia 23.12.2020 — dołączony do akt sprawy

Dowód 4b: Odpowiedź na wniosek z dnia 28.12.2020 - dołączony do akt sprawy

Dowód 5: załącznik nr 81 do protokołu postępowania - dołączony do akt sprawy

Dowód 6: Lista przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez beneficjenta

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

I. Niespełnienie warunku udziału o którym mowa w rozdziale IV SIWZ pkt. 1.2.2.1 ppkt. 1

1. Warunek udziału, o którym mowa powyżej brzmi:,, W okresie, ostatnich -3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonał:

l) co najmniej 1 usługę o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy), polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publiczne, który charakteryzował się łącznie następującymi cechami:

a)został wykonany w wersji webowej,

b)został zbudowany w architekturze wielowarstwowej i wykorzystuje relacyjne lub relacyjno-obiektywne bazy danych,

c)wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna), zgodny z wytycznymi REST jako miejsca styku pomiędzy systemami."

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału firma NET PC SP. z o.o. złożyła wykaz usług, w którym wykazała, że podmiot udostępniający zasoby, tj. Alterout IT Sp. z o.o. zrealizował usługę w okresie 21.11.2016 - 14.01.2019 na rzecz Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych. Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wartości 520 363.80 zł oraz przedstawił Poświadczenie wydane przez zamawiającego tę usługę.

Dowód nr 1a: załącznik nr 89 do protokołu postępowania: 6. Wykaz usług spełniający wymagania Zamawiającego (załączony w akta sprawy)

Dowód nr 1b: załącznik nr 89 do protokołu postępowania: 7 łit. a Poświadczenie referencje z dnia 26.11.2002 wystawione przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dla Ałterout 1TSp. z o.o. (załączony w aha sprawy)

Zgodnie z informacjami (dokumentacja zamówień publicznych) zamieszczonymi w BIP Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, firma Ałterout IT Sp. z o.o. zrealizowała dwie usługi dla niniejszego zamawiającego na podstawie rozstrzygniętych dwóch przetargów nieograniczonych, a żadna z tych usług nie spełnia samodzielnie warunku udziału, o którym mowa powyżej, w szczególności w zakresie wymaganej wartości 500 000,00 zł.

Przetarg 1(12/2016) Wykonanie, wdrożenie oraz utrzymanie (wsparcie) techniczne systemu informatycznego do - rejestracji produktów/ biobójczych - POBIS, nr sprawy: UR.GDG.DGZ;26.12.2016.SG firma Ałterout ,IT Sp.'z o.o.. złożył ofertę o łącznej wartość 267.771,00 zł (w. tym etap 1 polegający, m.iń. wykonaniu, wdrożeniu, uruchomieniu systemu informatycznego do rejestracji .produktów biobójczych POBIS o .nazwie -.Zmodernizowany .System POBIS, wykonanie migracji danych do Systemu z aktualnie działającego systemu POBIS, a także szkolenie maksymalnie 40 pracowników Zamawiającego w zakresie obsługiwania Systemu oraz maksymalnie 3 pracowników Zamawiającego w zakresie wykonywania czynności administracyjnych (administratorskich) - wartość: 140 835,00 PLN' oraz etap 2, którego przedmiotem było świadczenie usług utrzymania (wsparcia) technicznego do 31 października 2017 r. (ok. 10 miesięcy) - wartość 126 936,00 PLN

Dowód 2a: SIWZJUR.GDG.DGZ.26.12.2016.SC

Dowód 2b: informacja dt. otwarcia ofert,

Dowód 2c: informacja o wyborze oferty

Przetarg 2 (07/2017) Rozbudowa systemu bazy danych substancji czynnych i produktów biobójczych — POBIS oraz utrzymanie (wsparcie) techniczne tego systemu informatycznego, nr sprawy: UR.GDG.DGZ.26.07.2017.SC

Firma Alterout IT Sp. z o.o. złożyła ofertę o łącznej wartość 354 080,00 PLN (w tym etap 1 polegający m.in. na rozbudowie systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych POBIS o nazwie - Zmodernizowany System POBIS i jego integracja z danymi publikowanymi przez Europejską Agencję Chemikaliów (ECHA), a także szkolenie maksymalnie 40 pracowników ZAMAWIAJĄCEGO w zakresie obsługiwania Systemu oraz 3 pracowników ZAMAWIAJĄCEGO w zakresie wykonywania czynności administracyjnych (administratorskich) - wartość: 110 700,00 PLN oraz etap 2, którego przedmiotem było świadczenie usług utrzymania (wsparcia) technicznego Systemu (istniejącego i po rozbudowie) w okresie od dnia zawarcia Umowy do 31 grudnia 2019 r.-wartość 253 380,00 PLN

Wybór oferty firmy Alterout IT sp. z o.o. nastąpił w dniu 8.11.2017 r., umowa w sprawie zamówienia miała zostać zawarta z datą 15.11.2017 r.

Dowód3a: DowódJa_SIWZJJR.GDG.DGZ.26.07.2017.SC

Dowód 3b: informacja z otwarcia ofert,

Dowód 3ć: informacja o wyborze oferty

Zgodnie z powyższym, firma Alterout IT Sp. z o.o, wykonała najpierw usługę budowy systemu informatycznego do_ rejestracji „produktów, biobójczych — POBIS, a następnie, w ramach osobnego postępowania przetargowego i na podstawie odrębnej umowy, rozbudowę tego systemu. Wartość każdej z tych usług wynosiła poniżej 500 000,00 zł.

Ponadto, pomiędzy obiema umowami, nastąpiła kilkudniowa przerwa w realizacji świadczenia usług. W związku z tym w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z przerwaniem ciągłości świadczenia usług,

.

Przedmiotem drugiego przetargu (UR.GDG.DGZ.26.07.2017.SC) była rozbudowa systemu, a zgodnie z warunkiem udziału określonym, w niniejszym postępowaniu, wymagane było, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w usłudze polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Wobec tego usługa realizowana w ramach drugiego przetargu nie spełnia tego warunku nie tylko pod kątem wartości usługi, ale także ze względu na sam przedmiot zamówienia.

Należy także nadmienić, że znaczną część wartości obu usług zrealizowanych na rzecz Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych stanowiły usługi utrzymania (wsparcia technicznego systemu), a wartość odpowiadająca samej budowie czy rozbudowie systemu informatycznego wynosiła odpowiednio: 140 835,00 PLN oraz 110 700,00 PLN.

Dodatkowo, potwierdzeniem, iż firma Net PC Sp. z o.o. próbuje wykazać się więcej niż jedną usługą na spełnienie warunku udziału, jest fakt, iż w Poświadczeniu wydanym przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, które firma Net PC Sp. z o.o. przedstawiła Zamawiającemu (zał. 89 do protokołu postępowania), wskazane jest, że „koszt zrealizowanych usług przekroczył wartość 500 000,00 zł brutto". Mowa jest więc o więcej niż jednej usłudze.

Dlatego też, należy stwierdzić, że przestawiona przez firmę Net PC usługa nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału.

W związku z powyższym NET PC sp. z o.o., powinien podlegać wykluczeniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona, jako sprzeczna z treścią SIWZ.

II.Zarzut rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazuje, że oferta złożona przez NET PC Sp. z.o.o: zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4p.z.p.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca NET.PC Sp. z o.o. złożył ofertę w zakresie podstawowym na 463.218 zł, co stanowi 39% wartości średniej wszystkich złożonych ofert, a także 48% budżetu Zamawiającego.

Wycena firmy Net PC Sp. z o.o. odbiega diametralnie od pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w którym uczestniczą podmioty posiadające wieloletnie doświadczenie na rynku IT w zakresie budowy systemów informatycznych.

Oferta firmy Net PC Sp. z o.o. stanowi także mniej niż połowę budżetu, którym dysponuje Zamawiający. A należy podkreślić, że niniejsze postępowanie przetargowe zostało poprzedzone dialogiem technicznym, którego celem między innymi oprócz sformułowania opisu przedmiotu zamówienia było uzyskanie informacji o wartości usługi, co później prawdopodobnie przełożyło się na wysokość posiadanego budżetu.

Potwierdzeniem braku prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia i zapewniającej należyte jego zrealizowanie, jest fakt, że firma NET PC sp. z o.o. nie posiada doświadczenia w usługach o podobnych charakterze oraz wartości, co Odwołujący wykazał w części I odwołania. Obrazuje to odstawanie oferty tej firmy do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Brak doświadczenia w realizacji podobnych projektów o zbliżonej skali, może powodować nieprawidłowości np. w wycenie ilości godzin potrzebnych na realizację danego zadania, czy rzetelną wycenę ewentualnych ryzyka w postaci ewentualnych kar umownych, które to elementy każdy profesjonalny wykonawca powinien uwzględnić w swojej ofercie.

Nie jest realnie możliwe, aby różnica w zaoferowanych cenach pomiędzy firmą NET PC Sp. z o.o. a pozostałymi wykonawcami była wynikiem gry rynkowej oraz naturalną konkurencyjnością cenową.

Firma NET PC Sp. z o.o. zaoferowała w ramach opcji w zakresie świadczenia usługi modyfikacji wdrożonego systemu EDB, stawkę 92,25 zł brutto za godzinę (przy szacowanej liczbie 400 godzin) oraz 922,50 zł brutto za miesiąc usługi wsparcia technicznego (zakładany okres wsparcia - 12 miesięcy).

Potwierdzeniem dokonanego zaniżenia kalkulacji oferty przez firmę Net PC są nie tylko ceny rynkowe — które obrazują złożone oferty w niniejszym postępowaniu, ale także oferty złożone przez firmę Ąlterout IT Sp. z o.o w przetargach dla Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Dowód 2b: informacją z otwarcia ofert,

Dowód 2c: informacja z otwarcia ofert,

Co prawda jest to odrębny podmiot, jednak pochodzący z tej samej grupy kapitałowej, którym zarządza ta sama osoba. W związku z tym można stwierdzić, że oba podmioty prowadzą zbliżoną politykę cenową, posiadają podobne koszty prowadzenia działalności, podobne stawki wynagrodzeń swoich pracowników.

Niezrozumiałym jest zatem różnica w dokonywanych wycenach usług IT pomiędzy tymi podmiotami. Firma Alterout IT Sp. z o.o. wyceniła bowiem usługi utrzymania (wsparcia) technicznego systemu (etap 2 przetargów dla Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych) na kwoty: 12 693,60 zł miesięcznie oraz 10 135,20 zł miesięcznie, co w przeliczeniu na 80 godzin - które zaoferował ten podmiot w kryterium pozacenowym daje wartość 158,67 zł / godzinę oraz 126,69 zł / godzinę.

Przeliczone stawki godzinowe zaoferowane przez Alterout IT Sp. z o.o. za usługi świadczenia wsparcia i utrzymania systemu są bardzo zbliżone do zaoferowanych stawek godzinowych (w ramach opcji) za zadanie o tożsamym charakterze, przez wykonawców w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, których średnia wyniosła 141,12 zł. Natomiast firma NET PC stawkę godzinową wyceniła na poziomie 92,25 zł.

III.Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 p.z.p. oraz art. 96 ust. 3 p.z.p.

Na początku należy stwierdzić, iż Zamawiający odmówił Odwołującemu udostępnienia:

-wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny,

-dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny,

- wykazu osób - załącznik nr 9 do SIWZ oraz umów o poufności złożonych przez NET PC,

ze względu na uznanie1 zastrzeżenia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa jako skuteczne. Ponadto Zamawiający odmówił udostępnienia samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (zał. nr 79 do protokołu postępowania), oraz dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (zał. nr 83 do protokołu postępowania).

Dowód 4a: Pismo SmallGIS- udostępnienie protokołu postępowania z dnia 23.12.2020 - dołączony do akt sprawy

Dowód 4b: Odpowiedź na wniosek z dnia 28.12.2020 - dołączony do akt sprawy

Trzeba tu dodać, że tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić sama informacja, a nie dokument jako taki.

Jak wskazuje się w orzecznictwie "Trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ceny oferowane w postępowaniu — chociażby cenę dotyczącą roboczogodziny i jej poszczególnych składowych. Cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy. Zastrzeżenie w niniejszym postępowaniu (dotyczące rażąco niskiej ceny) zostało dokonane dla całości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Nawet gdyby uznać, że istnieją jakiekolwiek fragmenty wyjaśnień, które mogłyby zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to Przystępujący miał możliwość anonimizacji części tych wyjaśnień". - wyrok KIO z dnia 10 października 2019 roku, sygn. akt KIO 1878/19.

W opinii Odwołującego zastrzeżenie przez firmę NET PC Sp. z o.o. dokumentów wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w całości należy uznać za nieskuteczne. Co więcej, dokonana przez Zamawiającego weryfikacja samej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i uznanie utajnionych informacji za posiadające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zaniechaniem Zamawiającego, gdyż Odwołujący jest w stanie wykazać brak spełnienia przesłanek ustawowych do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych dokumentów.

Powinnością wykonawcy jest uzasadnienie i wykazanie, że- informacje spełniają wszystkie ustawowe przesłanki wynikające de lege lata z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli udowodnienie zamawiającemu:

a)charakteru informacji oraz wartości gospodarczej informacji,

b)braku powszechnej znajomości lub łatwej dostępności informacji (jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów) dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji,

c)podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania informacji w poufności.

Dla przykładu należy wskazać, że Zamawiający w dniu 4.11.2020 wezwał firmę NET PC sp. z o.o. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie otrzymanej pomocy publicznej, polegającej na dofinansowaniu rozbudowy wewnętrznych systemów informatycznych.

Dowód 5: załącznik nr 81 do protokołu postępowania ~ dołączony do akt sprawy

W piśmie wykonawca został wezwany między innymi do uzupełnienia dowodu w postaci raportu otrzymanej pomocy deminimis wygenerowanego z systemu SUDOP, na który to dokument powoływał się w złożonych wyjaśnieniach. Wykonawca prawdopodobnie w odpowiedzi na to pismo, przesłał brakujący załącznik, który został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. A Zamawiający uznał to zastrzeżenie za skuteczne.

Fakt, że raport SUDOP jest dokumentem jawnym, który można samodzielnie pozyskać ze strony internetowej: https://sudop.uokik.gov.pl/search/aidBeneficiarv i Odwołujący bez najmniejszego problemu uzyskał informację o otrzymanej pomocy deminimis przez firmę NET PC Sp. z o.o. stoi w sprzeczności z próbą zastrzeżeniem tego dokumentu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uznanie takiego uzasadnienia za skuteczne, stanowi rażące naruszenie obowiązku dokonania rzetelnej oceny treści zastrzeżenia przez Zamawiającego i jest dowodem na to, że Zamawiający nie wykonał ciążącego na nim obowiązku zweryfikowania zasadności w sposób profesjonalny i dokładny.

Dowód 6: Lista przypadków pomocy publicznej otrzymanej przez beneficjenta

Należy, więc stwierdzić z całą stanowczością, że dokument dodatkowych wyjaśnień w zakresie obliczenia ceny nie spełnia przesłanej umożliwiających uznanie tego dokumentu jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż dokument ten zawiera informacje powszechnie znane lub łatwo dostępne dla osób zajmujących się tym rodzajem informacji.

Podobnie Odwołujący chce podważyć uznanie za skuteczne przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób nr 9 do SIWZ złożonego przez firmę Net PC Sp. z o.o. Informacje zawarte w wykazie nie spełniają wymogów określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca NET PC sp. z o.o. wraz z ofertą złożył bowiem załącznik nr 10 do SIWZ - wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia, w celu uzyskania punktacji w kryterium dotyczącym doświadczenia osób. W wykazie zostały zamieszczone imiona i nazwiska osób, które wykonawca planuje skierować do realizacji zamówienia na stanowiskach: kierownik projektu, architekt IT, programista, analityk systemów teleinformatycznych wraz z informacjami o posiadanym doświadczeniu zawodowym. Wykaz ten nie został utajniony przez wykonawcę.

Warto także nadmienić, że Net PC Sp. z o.o. wbrew zapewnieniom o wartości gospodarczej jaką mają dla tej firmy zasoby ludzkie oraz informacje na temat ich doświadczenia dysponowania nimi, a także wbrew próbie udowodnienia, że informacje zawarte w wykazie nie są publicznie znane, firma ta nie utrudnia dostępu do informacji na temat swojego zespołu. Przykładowo, spółka prowadzi oficjalny i ogólnodostępny profil w mediach społecznościowych w serwisie Linkedlin, a obserwując go można poznać dane ponad 20 pracowników i współpracowników, w tym osób wymienionych w przedłożonym załączniku nr 10 do SIWZ, tj Kierownika Projektu oraz Architekta IT.

Przywołane powyżej argumenty jednoznacznie potwierdzają, że Zamawiający nie dokonał dokładnej weryfikacji

przedłożonych mu dokumentów przez firmę Net PC Sp. z o.o. Tym samym próba zastrzeżenia dokumentów, o których mowa powyższej jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowi typowy przykład nadużycia tej instytucji przez zastosowanie jej nie w celu ochrony rzeczywistych wartości mających wartość gospodarczą, ale dla potrzeb gry konkurencyjnej i utrudnienia weryfikacji poprawności dokumentów przez pozostałych wykonawców. Zamawiający akceptując to zastrzeżenie naruszył art. 8 ust. 3 pzp.

Z tych przyczyn niniejsze odwołanie według odwołującego uznać należy za w pełni uzasadnione.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE – 18 stycznia 2021r.

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą", Zamawiający wnosi odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, złożone 28 grudnia 2020 r. przez SmallGis sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Wadowickiej 8a, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego,pn. „Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie w infrastrukturze teleinformatycznej wskazanej przez Zamawiającego, systemu teleinformatycznego elektronicznego dziennika budowy" – nr postępowania: BAF.260.9.2020.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez brak wykluczenia Net PC sp. z o.o. z udziału w postępowaniu i brak odrzucenia jego oferty, z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IV pkt 1.2.2.1 ppkt 1 SIWZ, tj. podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby firmie Net PC sp. z o.o. – Alterout IT sp. z o.o., nie wykonał w ciągu ostatnich trzech lat co najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy), polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publiczne, który charakteryzował się łącznie następującymi cechami:

- został wykonany w wersji webowej,
- został zbudowany w architekturze wielowarstwowej i wykorzystuje relacyjne lub relacyjno-obiektywne bazy danych,
- wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna), zgodny z wytycznymi REST jako miejsca styku pomiędzy systemami, gdy tymczasem usługa wykonana przez podmiot udostępniający swoje zasoby, tj. Alterout IT sp. z o.o. polegała na wykonaniu dwóch zamówień publicznych, których łączna wartość przekracza kwotę 500 000 zł brutto, co w konsekwencji doprowadziło do niezastosowania art. 24 ust. 4 ustawy, tj. nie odrzucenia oferty Net PC sp. z o.o.,

2)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ oferta złożona przez Net PC sp. z o.o., nie spełnia warunku udziału, o którym mowa w Rozdziale IV SIWZ pkt 1.2.2.1 ppkt 1, tj. podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby firmie Net PC sp. z o.o. – Alterout IT sp. z o.o. nie wykonał w ciągu ostatnich trzech lat co najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy), polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publiczne, który charakteryzował się łącznie następującymi cechami:

- został wykonany w wersji webowej,
- został zbudowany w architekturze wielowarstwowej i wykorzystuje relacyjne lub relacyjno-obiektywne bazy danych,
- wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna), zgodny z wytycznymi REST jako miejsca styku pomiędzy systemami, gdy tymczasem usługa wykonana przez podmiot udostępniający swoje zasoby, tj. Alterout IT sp. z o.o. polegała na wykonaniu dwóch zamówień publicznych, których łączna wartość przekracza kwotę 500 000 zł brutto, co w konsekwencji doprowadziło do niezastosowania art. 24 ust. 4 ustawy, tj. nie odrzucenia oferty Net PC sp. z o.o.,

3)art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, ponieważ złożona przez Net PC sp. z o.o. oferta zawiera rażąco niską cenę, gdyż stawki oferowane przez tego oferenta Net PC sp. z o.o. są znacznie niższe niż stawki oferowane przez samego oferenta lub podmioty powiązane z nim kapitałowo lub osobowo w innych postępowaniach,

4)art. 8 ust. 3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 ustawy, tj. brak udostępnienia Odwołującemu następujących dokumentów: pisma Net PC sp. z o.o. wraz z uzasadnieniem co do przesłanek objęcia ich wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, co do rażąco niskiej ceny, gdy tymczasem w orzecznictwie przyjmuje się, że sposób obliczenia ceny jest jawny i jako taki nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie Odwołujący wnosi o:

–uwzględnienie odwołania i obciążenie Zamawiającego kosztami odwołania,

–unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

–wykluczenie Wykonawcy Net PC sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jego oferty,

–ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert,

–nakazanie udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów przedłożonych w toku postępowania przez Wykonawcę Net PC sp. z o.o., w tym w szczególności:

•złożonego na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczącego wyliczenia ceny Net PC sp. z o.o.,

•złożonego na wezwanie Zamawiającego dodatkowego wyjaśnienia dotyczącego wyliczenia ceny – Net PC sp. z o.o.,

•załącznika nr 9 do SIWZ oraz umowy poufności osób wskazanych w wykazie osób – złożone przez Net PC sp. z o.o.

Zamawiający wnosi o:

1)oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego,

2)stosunkowe rozdzielenie kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego należy podnieść, co następuje.

1. Odnośnie zarzutu wskazanego w pkt 1.

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zamawiający w Rozdziale IV pkt 1.2.2.1 ppkt 1 SIWZ sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej 1 usługę o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy), polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publiczne, który charakteryzował się łącznie następującymi cechami:

a)został wykonany w wersji webowej,

b)został zbudowany w architekturze wielowarstwowej i wykorzystuje relacyjne lub relacyjno-obiektywne bazy danych,

c)wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna), zgodny z wytycznymi REST jako miejsca styku pomiędzy systemami.”.

Oferta Wykonawcy NetPC sp. z o.o., została najwyżej oceniona, w związku z czym Zamawiający, zgodnie z przewidzianą w SIWZ możliwością przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 24aa ustawy, dokonał oceny podmiotowej tego Wykonawcy, tj. zbadał oświadczenie wstępne (JEDZ), a następnie wezwał w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Wykonawca na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, złożył „wykaz wykonanych usług” oraz „poświadczenia” potwierdzające należycie zrealizowane usługi, w tym „poświadczenie” wystawione przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, z treści którego wynikało, że podmiot, na zasoby którego powołuje się Wykonawca Net PC sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, tj. Alterout IT sp. z o.o., wykonał należycie usługę polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego ofertującego usługi publiczne (rejestracji produktów biobójczych POBIS).

Treść tego „poświadczenia” potwierdziła, że usługa charakteryzowała się wymaganymi przez Zamawiającego cechami oraz została należycie wykonana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. W pierwszym zdaniu poświadczenia zostało potwierdzone, że Alterout IT sp. z o.o. wykonała usługę polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Wskazanie w drugim zdaniu poświadczenia liczby mnogiej wykonanych usług Zamawiający odnosił do kwot przypadających za realizację poszczególnych etapów tej usługi, tj. odpowiednio zaprojektowania, budowy oraz wdrożenia. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej „zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia” (wyrok z 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1498/18, wyrok z 28 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2145/16). Nie może zatem ulegać wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres, wartość i termin wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane. Wobec powyższego, to nie poświadczenia (referencje), których rolą jest potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz usług stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia.

Wobec powyższego, skoro Wykonawca Net PC sp. z o.o. w oświadczeniu JEDZ, wstępnie oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a następnie na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy, złożył oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków, brak było podstaw do uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie. W tym miejscu należy również wskazać, iż Zamawiający swoje decyzje w zakresie oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, opierał na oświadczeniach własnych wykonawców lub dokumentach wystawionych przez podmioty trzecie.

Mając na uwadze, że Wykonawca Net PC sp. z o.o. wykazał, na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu, a także uzyskał najwyższą liczbę punktów w kryterium oceny ofert, Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez tego Wykonawcę, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący natomiast podniósł w odwołaniu, że usługa wskazana w wykazie usług, wykonana przez Alterout IT sp. z o.o. (podmiot, za zasoby którego powołuje się Wykonawca Net PC sp. z o.o.) nie spełnia przedmiotowego warunku, w szczególności w zakresie wymaganej minimalnej wartości tej usługi, tj. 500 000 zł brutto. Co więcej Odwołujący wskazał, że Wykonawca Net PC sp. z o.o., na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykazał się realizacją dwóch usług, a nie jedną, z czego pierwsza usługa dotyczyła budowy systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych – POBIS, natomiast druga usługa dotyczyła rozbudowy tego systemu (na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił dokumentację postępowań o udzielenie tych zamówień Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający w dniu 29.12.2020 r. zwrócił się do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z prośbą o udzielenie informacji w zakresie:

1)czy wystawione przez ten Urząd, dla Alterout IT sp. z o.o. poświadczenie należytego wykonania usługi dotyczy jednej z ww. usług (jeśli tak, to której), czy dwóch ww. usług?,

2)jaka była wartość usługi, dla której wystawione zostało ww. poświadczenie w podziale na:

 wykonanie, wdrożenie, uruchomienie systemu informatycznego, świadczenie usług utrzymania (wsparcia) technicznego systemu?

Dowód: pismo skierowane do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

W tym samym dniu, tj. 29.12.2020 r. otrzymano odpowiedź, że firma Alterout IT sp. z o.o., wykonywała prace związane z zaprojektowaniem, wytworzeniem, wdrożeniem i późniejszym utrzymaniem systemu rejestracji produktów biobójczych POBIS w oparciu o dwie umowy, tj.:

umowę nr UR/022/321/2016 [BI], zawartą 21.11.2016 r., której przedmiotem było „Wykonanie, wdrożenie, uruchomienie u Zamawiającego systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych POBIS o nazwie Zmodernizowany System POBIS", w tym przekazanie niezbędnych licencji, wykonanie migracji danych, przeszkolenie pracowników Zamawiającego oraz świadczenie usług utrzymania technicznego, tj. dostosowanie Systemu Bazy Danych Substancji Czynnych i Produktów Biobójczych – POBIS do nowych regulacji prawnych, przebudowa obecnego systemu w zakresie obsługi procedur europejskich oraz świadczenie usług opisanych szczegółowo w Załączniku nr 2 do Umowy",

umowę nr UR/022/234/2017/BI zawartą w dniu 15 listopada 2017 r., której przedmiotem było „Wykonanie, wdrożenie i uruchomienie u Zamawiającego rozbudowy systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych POBIS o nazwie Zmodernizowany System POBIS, integracja Systemu z danymi publikowanym przez Europejską Agencję Chemikaliów (ECHA), przekazanie Zamawiającemu niezbędnych licencji utrzymania technicznego Systemu – całość opisana szczegółowo w Załączniku nr 2 do Umowy".

Jednocześnie Zamawiający otrzymał informację, że „poświadczenie" wystawione na rzecz firmy Alterout IT sp. z o.o., dotyczy łącznie dwóch umów, natomiast wartość poszczególnych umów wynosiła odpowiednio 267 771,00 zł brutto oraz 364 080,00 zł brutto.

Dowód: pismo od Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Powyższe dowody w sposób bezpośredni i jednoznaczny wskazują, że Wykonawca Net PC sp. z o.o., wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie informacji nieprawdziwych, co w konsekwencji miało wypływ na dokonanie przez Zamawiającego błędnej oceny w zakresie spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca, który działa w określonej branży i wykonuje określone usługi na rzecz innych podmiotów, a następnie wykazuje się ich realizacją, powinien posiadać wiedzę na temat zakresu tych usług oraz ich wartości.

Jak wskazała Izba w wyroku z 19 czerwca 2017 r. sygn. akt: 1058/17 „Złożenie nieprawidłowego (nieprawdziwego) wykazu z całą pewnością było też działaniem mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wskutek złożenia wykazu w zaprezentowany przez przystępującego sposób, wykonawca ten został „zakwalifikowany" do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, złożenie wykazu miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania".

Jednocześnie Izba w wyżej przywołanym wyroku stwierdziła, że „Skoro odwołujący był w stanie w ciągu zaledwie kilku dni, które miał na złożenie odwołania zweryfikować fakt niespełniania wymogów ubiegania się o zamówienie przez przystępującego, to tym bardziej ustalenia takie mógł poczynić Comparex, o ile w ogóle własne doświadczenie wymaga jakiejkolwiek weryfikacji, ponieważ musi ono być temu podmiotowi znane i tak znaczące różnice pomiędzy składanymi oświadczeniami i stanem faktycznym tłumaczone mogą być wyłącznie zamierzonym działaniem bądź też rażącym niedbalstwem.".

Przedstawione wyżej działanie Wykonawcy Net PC sp. z o.o., w ocenie Zamawiającego, stanowi podstawę do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 16 i 17 ustawy. Wykonawca Net PC sp. z o.o. składając dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a działania te zostały wywołane w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób zgodzić się z Odwołującym w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Przywołany przepis dotyczy sytuacji, w której wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższy przypadek nie występuje w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ Wykonawca Net PC sp. z o.o., przedstawił oświadczenia i dokumenty, w których wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast informacje przedstawione w tych oświadczeniach i dokumentach okazały się nieprawdziwe, co w konsekwencji wpłynęło na błędną ocenę spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zauważyć również należy, że Zamawiający uznając, że Wykonawca Net PC sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie korzystał z instytucji wezwania tego Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy, co tym bardziej nie daje podstawy do wykluczenia Wykonawcy Net PC sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Wobec powyższego Zamawiający nie uwzględnia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Jednocześnie, mając na uwadze przedstawione dowody potwierdzające, że Net PC sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dokona:

–unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

–wykluczenia Wykonawcy Net PC sp. z o.o. z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 16 i 17 ustawy,

–ponownej oceny i badania ofert.

2.Odnośnie zarzutu wskazanego w pkt 2.

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wnosi o odrzucenie oferty Wykonawcy Net PC sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako sprzecznej z treścią SIWZ, ponieważ przedstawiona przez tego Wykonawcę usługa nie spełnia określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego nie sposób zgodzić się z Odwołującym odnośnie postawionego zarzutu. Odrzucenie oferty Wykonawcy na postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest możliwe jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta Wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu.

Przez pojęcie „treść oferty" należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. „Treść oferty" to jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania zgodnego z żądaniami Zamawiającego przedmiotu zamówienia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez Wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast „treść SIWZ" to zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego (wyrok z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli Wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest zatem możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, z zastrzeżeniem zakazu zmian w treści oferty wynikającym z drugiego zdania tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3.

W wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1543/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji.".

Reasumując powyższe, można przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast brak spełnienia przez Wykonawcę Net PC sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu nie jest przesłanką do uznania, że oferta tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Wobec powyższego Zamawiający nie uwzględnia odwołania w zakresie dotyczącym przedmiotowego zarzutu.

3.Odnośnie zarzutu wskazanego w pkt 3.

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Czynności mające na celu weryfikację, czy zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego były prowadzone zarówno w stosunku do Wykonawcy NET PC sp. z o.o., jak i Odwołującego. Należy zaznaczyć, że w ramach tej procedury obydwie firmy przekazały bardzo szczegółowe informacje, które pozwoliły na wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie.

W obydwu przypadkach, zostały przedstawione dane, z których Zamawiający miał możliwość bezpośredniego sprawdzenia lub wyliczenia: liczby roboczogodzin zaplanowanych przez Oferentów na realizację poszczególnych zadań, stawki za roboczogodzinę oraz kosztów realizacji poszczególnych zadań i całego projektu.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że Potwierdzeniem braku prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia i zapewniającej należyte jego zrealizowanie, jest fakt, że firma NET PC sp. z o.o. nie posiada doświadczenia w usługach o podobnym charakterze oraz wartości, co Odwołujący wykazał w części I odwołania. Obrazuje to odstawanie oferty tej firmy do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Brak doświadczenia w realizacji podobnych projektów o zbliżonej skali, może powodować nieprawidłowości np. w wycenie ilości godzin potrzebnych na realizację danego zadania, czy rzetelną wycenę ewentualnych ryzyk w postaci ewentualnych kar umownych, które to elementy każdy profesjonalny wykonawca powinien uwzględnić w swojej ofercie.

Dalszy fragment stanowiska zamawiającego zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Izba prezentuje dane w sposób chroniący zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego w złożonych wyjaśnieniach RNC.

Z porównań liczby godzin oferowanych do wykonania zamówienia różnice w ofertach odwołującego i przystępującego/wykonawcy wybranego różnią się w granicach poniżej 10 %, a stawki roboczogodziny między tymi wykonawcami różnią się poniżej 30 procent.

W odniesieniu do tych założeń, Zamawiający nie ma jednak podstaw aby kwestionować przyjętą przez Wykonawcę NET

PC sp. z o.o. wysokość stawki za roboczogodzinę. Jest to stawka rynkowa, która nie odbiega od stawek wskazanych przez Odwołującego w swoich wyjaśnieniach opartych na danych z portalu pracuj.pl. Zgodnie z tymi wyjaśnieniami przeciętne stawki w przeliczeniu na godzinę przedstawiają się następująco:

Project Manager IT - 104,55 zł,

Analityk IT - 82,14 zł,

Architekt IT - 108,29 zł, Programista - 82,14 zł), Tester 58,99 zł.

W odniesieniu do stwierdzenia Odwołującego, które miałoby potwierdzać dokonanie zaniżenia kalkulacji oferty przez Net PC sp. z o.o. na podstawie m.in. oferty złożonej przez firmę Alterout IT sp. z o.o. (podmiotu na zasoby, którego powołuje się Wykonawca Net PC sp. z o.o.) w przetargach dla Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Zamawiający wyjaśnia, że w niniejszym postępowaniu, ocenie podlegała oferta złożona przez Net PC sp. z o.o. Dlatego też, argument przedstawiony w tym zakresie przez Odwołującego nie może być brany pod uwagę. Niezależnie od tego należy wyjaśnić, że może być wiele czynników mających wpływ na różnice w kosztach związanych z projektami realizowanymi przez firmy, nawet pochodzące z tej samej grupy kapitałowej (specjalizacje w projektach, polityka kadrowa, miejsce funkcjonowania itp.).

Jak stwierdziła Izba w wyroku z 14 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 908/13 „Samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest bowiem naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Powyższe co najwyżej wskazuje, że różnica zaistniała pomiędzy cenami ofert poszczególnych wykonawców jest wynikiem konkurencji i walki cenowej na rynku tego typu zamówień".

Podsumowując należy stwierdzić, że argumenty Odwołującego mające na celu udowodnienie, że oferta NET PC sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę nie zasługują na uwzględnienie.

4.Odnośnie zarzutu wskazanego w pkt 4.

Zamawiający uwzględnia w części zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 ustawy.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

Natomiast stosownie do treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020, poz.1913), 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.

Wykonawca Net PC sp. z o.o. zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz wykazie osób skierowanych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Ww. dokumenty zawierają szczegółowe informacje dotyczące:

1)kalkulacji ceny, w której wskazano wszystkie elementy cenotwórcze, m.in. koszty realizacji poszczególnych zadań, w tym koszt i zaangażowanie pracowników, szacowaną liczbę roboczogodzin w odniesieniu do poszczególnych zadań, zysk, przyjęte rozwiązania technologiczne realizacji przedmiotu zamówienia, wskazane zostały również dane dotyczące osoby z zespołu w modelowaniu systemów informatycznych,

2)osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa ww. informacji jako zasadne, ponieważ przedstawione przez tego Wykonawcę uzasadnienie dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ww. dokumentach spełniało wszystkie wymagania przewidziane zarówno w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i w art. 8 ust. 3 ustawy.

W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji dotyczących wyliczenia ceny oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Net PC sp. z o.o. wskazał i udowodnił należycie, że informacje zastrzegane spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności:

1)posiadają wartość gospodarczą,

Wykonawca wyjaśnił w jaki sposób ujawnienie tych informacji naruszałoby jego interesy oraz wpływałoby niekorzystnie na jego pozycję konkurencyjną w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Ujawnienie informacji o sposobie kalkulacji ceny może spowodować, że konkurencja byłaby w stanie oszacować poziom oferowanych przez Wykonawcę cen na podobne zamówienia w innych postępowaniach. Dodatkowo wskazane w wyjaśnieniach czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie mają charakteru jednorazowego i nie dotyczą wyłącznie przedmiotowego postępowania, lecz będą oddziaływać na wysokość cen oferowanych w innych postępowaniach. Ujawnienie tych informacji ułatwiłoby istotnie konkurencji szacowanie wysokości cen, które Wykonawca Net PC sp. z o.o. będzie oferował w innych postępowaniach.

2)nie są informacjami ujawnionymi do wiadomości publicznej,

Wykonawca wyjaśnił, że informacje zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, są znane jedynie ściśle określonej grupie osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, tj. wybranym pracownikom i współpracownikom Wykonawcy Net PC sp. z o.o. Poinformował również, że ograniczył liczbę osób znających treść zastrzeżonych dokumentów do niezbędnego minimum, a osoby te, znające treść dokumentów, zostały poinformowane o ich poufnym

charakterze oraz zostały zobowiązane do zachowania poufności odnośnie zastrzeżonych informacji.

W załączeniu do wyjaśnień Wykonawca dołączył „Zobowiązanie do zachowania poufności" podpisane przez poszczególne osoby, które będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy także, że zastrzeżone informacje stanowią dane o potencjale kadrowym Wykonawcy, a biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność dysponowania przez Wykonawcę osobami o odpowiednich kwalifikacjach, dane te mają znaczenie i wartość gospodarczą. Dodatkowo Wykonawca ten podjął odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy – informacje te nie są i nigdy nie były podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zapisane został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem.

3)podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca wyjaśnił w jaki sposób zostały zapewnione środki techniczne i organizacyjne w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze – dostęp do informacji zastrzeżonych posiada ograniczona do minimum liczba osób znających treść tych dokumentów, które są związani stosownymi umowami o zachowaniu poufności. Po drugie – Wykonawca poinformował, że ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji i dokumentów poprzez zapewnienie systemu kontroli dostępu, kontrolę zainstalowanego oprogramowania, pełną identyfikację i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań), zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu), serwer proxy (filtrowanie i monitorowanie ruchu), szyfrowana transmisja do wewnętrznych systemów (hasła są szyfrowane), przechowywanie wiadomości na serwerze jest zaszyfrowane, umieszczenie serwerów w bezpiecznych pomieszczeniach, uprawnienia użytkowników do dostępu do konkretnego oprogramowania są dostosowane na podstawie stanowiska. Dodatkowo wskazał, że posiada wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa z Instrukcją zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych oraz wdrożoną zasadę wiedzy niezbędnej – do zasobów mają dostęp tylko osoby, które potrzebują ich do wykonywania obowiązków służbowych.

Jednocześnie Wykonawca Net PC sp. z o.o. wskazał w wyjaśnieniu, że zastrzeżone informacje należy brać pod uwagę, jako jedną całość – nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ujawnienie pojedynczych informacji niweczy tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w treści odwołania powołuje się na wyrok KIO z 10 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1878/19, w którym wskazano, że „trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ceny oferowane w postępowaniu – chociażby cenę dotyczącą roboczogodziny i jej poszczególnych składowych. Cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy (…)". Jednakże sam Odwołujący dokonał zastrzeżenia swoich wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności ceny za wykonanie poszczególnych zadań, stawek godzinowych – takie postępowanie Odwołującego stoi w sprzeczności z jego twierdzeniem, że „wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w całości należy uznać za nieskuteczne".

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1678/20 „Wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, co do zasady mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje w tym zakresie stanowią bowiem cenne źródło wiedzy dla konkurencji. Informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiącego know-how, posiadają wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. (…) Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z tykiem produkcyjnym (wyrok KIO z dnia 28 lutego 2020 r. KIO 322/20). Nie bez znaczenia pozostaje także okoliczność, iż wskutek odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny inni wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu, którzy przecież konkurują z Przystępującym na rynku, weszliby w posiadanie informacji, które ułatwiłyby im ocenę zastosowanych przez Przystępującego metod kalkulacji ceny oraz przyjętych poziomów składników cenotwórczych. Takie działanie dawałoby wykonawcom nieuzasadnioną przewagę kosztem Przystępującego, a tym samym zagroziłoby utratą przez niego aktualnej pozycji rynkowej. W ocenie Zamawiającego zastrzeżone przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje w zakresie złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, jak również nie są łatwo dostępne dla takich osób. Zamawiający w powyższym zakresie dał wiarę twierdzeniom Przystępującego, że żadne spośród zastrzeżonych informacji w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny i załącznikach do owych wyjaśnień, nie zostały dotychczas ujawnione do publicznej wiadomości, tj. nie można ich uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów. Nadto Przystępujący zaznaczył, iż zobowiązał się wobec swoich kontrahentów, którzy złożyli mu oferty, na których oparł się on dokonując kalkulacji ceny, do zachowania wszelkich informacji ujawnionych w złożonych ofertach w poufności. Przystępujący wykazał również przesłankę podjęcia przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności. (…) Wśród przyjętych i stosowanych środków Przystępujący wskazał w szczególności na: wymóg podpisania przez pracowników oraz osób z którymi zawierane są umowy cywilnoprawne pisemnego zobowiązania do bezwzględnego zachowania tajemnicy służbowej w zakresie wszelkich informacji pozyskanych w trakcie wykonywania obowiązków służbowych".

Reasumując, Zamawiający na podstawie przeprowadzonej oceny skuteczności zastrzeżenia przez Net PC sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, uznał, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią dla tego Wykonawcy wartość gospodarczą, dlatego też nie zostały one odtajnione.

W uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Net PC sp. z o.o. również wskazał i udowodnił należycie, że informacje zastrzegane spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.:

1)posiadają wartość gospodarczą,

Wykonawca wskazał, że informacje zawarte w wykazie osób stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość gospodarczą z uwagi na branżę wysoko specjalistycznych usług, w której on przede wszystkim działa. Fachowa wiedza osób realizujących przedmiot zamówienia oraz ich doświadczenie wynikające z udziału w usługach spełniających

wymagania Zamawiającego, stanowi kluczową wartość gospodarczą, ponieważ o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie, dlatego informacje na temat kluczowych specjalistów mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy np. mogliby próbować pozyskać ich dla władnych potrzeb w zakresie prowadzonej działalności. Wykaz osób zawiera szczegółowe informacje nt. kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz podstawy do dysponowania wskazanymi osobami, dlatego też informacje te stanowią tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa. Z uwagi, że osoby wskazane w wykazie to specjaliści z różnych specyficznych branż – programiści, testerzy, kierownik projektu, architekt IT, którzy z kolei stanowią w dużej mierze ograniczoną liczbę specjalistów – Wykonawca posiada uzasadniony interes w ochronie tego potencjału, aby konkurencyjne firmy nie mogły podjąć działań zmierzających do utraty przez tego Wykonawcę tegoż potencjału. Wykonawca dołączył do wykazu kopie umów o poufności – „Zobowiązanie do zachowania poufności", podpisane przez poszczególne osoby, które będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, które zostały również objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, z analogicznych względów co wykaz osób.

2)nie są informacjami ujawnionymi do wiadomości publicznej,

Wykonawca poinformował, że informacje zawarte we wszystkich zastrzeżonych dokumentach są informacjami nieujawnionymi do wiadomości publicznej i nie są to informacje, o których każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się może drogą zwykłą i dozwoloną. Informacje te są znane jedynie ściśle ograniczonej grupie osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, tj. wybranym pracowników Wykonawcy, którzy brali udział w przygotowaniu oferty oraz odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 1 ustawy. Osoby znające treść dokumentów zostały poinformowane o ich poufnym charakterze oraz zostały zobowiązane do zachowania zastrzeżonych informacji do zachowania poufności – w załączeniu do wyjaśnień Wykonawca dołączył „Zobowiązanie do zachowania poufności" podpisane przez poszczególne osoby.

3)podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca wskazał, że podjął działania niezbędne do zachowania zastrzeżonego wykazu oraz zapewnił liczne środki techniczne oraz organizacyjne w tym celu. Po pierwsze – dostęp do informacji zastrzeżonych posiada ograniczona do minimum liczba osób znających treść tych dokumentów, które są związani stosownymi umowami o zachowaniu poufności. Po drugie – Wykonawca podniósł, że dostęp do zastrzeżonych informacji i dokumentów został znacznie ograniczony poprzez zapewnienie systemu kontroli dostępu do pomieszczeń (ścieżka przejść, historia czytnika), systemu monitoringu (telewizja przemysłowa), całodobową ochronę fizyczną, system alarmowy, kontrolę zainstalowanego oprogramowania, pełną identyfikację i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań), zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu), szyfrowanie poczty, umieszczenie serwerów w bezpiecznych pomieszczeniach, uprawnienia użytkowników do dostępu do konkretnego oprogramowania są dostosowane na podstawie stanowiska użytkownika. Dodatkowo Wykonawca wskazał, że posiada wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa z Instrukcją zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych.

Wykonawca Net PC sp. z o.o. również wskazał, że zastrzeżone informacje należy brać pod uwagę, jako jedną całość – nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ujawnienie pojedynczych informacji niweczy tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący słusznie wskazał, że Wykonawca Net PC sp. z o.o. złożył wraz z ofertą wykaz osób skierowanych do wykonania przedmiotu zamówienia (w celu uzyskania punktacji w kryterium dotyczącym doświadczenia osób) i wykaz ten nie został utajniony przez tego Wykonawcę. Należy jednak zwrócić uwagę, że wykaz osób, który został złożony przez Net PC sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zawiera – z wyjątkiem imion, nazwisk i stanowisk – dodatkowe informacje, które nie zostały wskazane w wykazie złożonym wraz z ofertą. Ta różnica, która zadecydowała, że
Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tego dokumentu, polega w szczególności na ujęciu w wykazie osób złożonym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, informacji dotyczących podstawy do dysponowania wskazanymi osobami, ich doświadczenia oraz pracach zrealizowanych na rzecz podmiotów, w ramach których zostało zdobyte doświadczenie tych osób. Wykonawca Net PC sp. z o.o. w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia informacji wskazanych w wykazie osób, poinformował, że także te informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą.

Nadmienić należy, że specyfika rynku usług informatycznych charakteryzuje się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, zatem informacje o potencjale kadrowym wykonawców, w tym o sposobie dysponowania osobami mają znaczenie gospodarcze.

W wyroku KIO 667/10 uznano, że „(…) podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienia, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, którą przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupienia". Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO 1498/10. Również w wyroku KIO 1032/14 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykaz osób „(…) może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zawiera bowiem informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza Przystępującego. Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko, co do kwalifikacji, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. W ocenie Izby ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż Przystępujący funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. (…) W ocenie Izby fakt, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny nie powoduje automatycznie, że odpada możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.".

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający uznał, że Wykonawca Net PC sp. z o.o. wykazał, że zastrzegane informacje w zakresie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz wykazu osób złożonym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ten przede wszystkim wykazał zasadność zastrzeżenia określonych informacji, a w szczególności uzasadnił, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, nie były ujawnione do wiadomości publicznej, a także wyczerpująco opisał jakie niezbędne działania podjął w celu zachowania poufności.

Nadmienić również należy, że w piśmiennictwie przyjmuje się, że „przy podejmowaniu decyzji przez zamawiającego o uznaniu dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia za bezskuteczne zalecana jest daleko idąca ostrożność i powściągliwość. Należy mieć na uwadze, że za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający naraża się na odpowiedzialność karną przewidzianą w art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz na odpowiedzialność odszkodowawczą na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, jeżeli w związku z ujawnieniem informacji wykonawca poniósł szkodę".

Jednocześnie, Zamawiający uznaje za słuszny zarzut Odwołującego w zakresie uznania przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżone przez Wykonawcę Net PC sp. z o.o. informacje dotyczące:

1)uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

2)raportu otrzymanej pomocy deminimis wygenerowanego z systemu SUDOP.

Mając na uwadze powyższe wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

3)pismo skierowane do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych,

4)pismo od Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

STANOWISKO PRZYSTĘPUJĄCEGO Z DNIA 18 STYCZNIA 2021r.

W imieniu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie - NET PC Sp. z o.o. w Gdańsku, po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie otrzymaną od Zamawiającego w dniu 18.01.2021 r. oświadczam, iż :

1.nie wnoszę sprzeciwu od uwzględnienia odwołania w części dotyczącej zarzutu Odwołującego w zakresie uznania przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżonych przez Przystępującego informacji dotyczących uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz raportu otrzymanej pomocy deminimis wygenerowanego z systemu SUDOP;

2.w pozostałym zakresie, za Zamawiającym, wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

1. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP.

W pierwszej kolejności Przystępujący wskazuje, że tak ukształtowany zarzut Odwołującego nie może zostać uwzględniony z powodów proceduralnych. Mianowicie, Odwołujący w treści wniesionego odwołania zarzucił Zamawiającemu wyłącznie naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP (art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP nie ma w niniejszym stanie faktycznym w ogóle zastosowania, na co wskazywał już Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – strona 6) poprzez zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania, formułując analogicznie żądanie w postaci bezpośredniego wykluczenia Przystępującego z postępowania. Tymczasem jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Przystępujący na żadnym etapie postępowania nie był wzywany, w trybie art. 26 ust. 3 PZP, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego w odwołaniu warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie postawił jednak w odwołaniu zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 PZP, co było suwerenną decyzją Odwołującego, podjętą na jego ryzyko i odpowiedzialność. Można również postawić tezę, że brak sformułowania takiego zarzutu w odwołaniu był zwyczajnie błędem Odwołującego, za popełnienie którego nie można obarczać ani Zamawiającego, ani Przystępującego. Powyższe powoduje, że hipotetycznie - nawet w przypadku uznania przez Izbę, iż Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, gdyż Przystępujący nie może zostać wykluczony z postępowania bez uprzedniego wezwania go do uzupełnienia dokumentów. Izba nie może także orzekać co do zarzutów, które nie były objęte wniesionym odwołaniem.

Na poparcie zaprezentowanego stanowiska Przystępujący wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.11.2020 r. Sygn. akt 2456/20, w którym Izba stwierdziła :

„W zakresie zarzutu (2) naruszenia art.24 ust.1 pkt 12 ustawy przez wybór najkorzystniejszej oferty Gardenii i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba uznała zarzut za niezasadny z uwagi na to, że nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, gdy zamawiający nie wzywał w trybie art.26 ust.3 ustawy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu. Jednocześnie Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.26 ust. 3 ustawy."

Dalej, z daleko idącej ostrożności, Przystępujący wskazuje, że podniesiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie również z powodów merytorycznych.

Stosownie do postanowień Rozdziału IV pkt 1.2.2.1 ppkt 1 SIWZ „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej – Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej 1 usługę o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy), polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publiczne, który charakteryzował się łącznie następującymi cechami:

a) został wykonany w wersji webowej,

b)został zbudowany w architekturze wielowarstwowej i wykorzystuje relacyjne lub relacyjno-obiektywne bazy danych,

c)wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna), zgodny z wytycznymi REST jako miejsca styku pomiędzy systemami".

Na wstępie Przystępujący w sposób szczególny podkreśla, że składając Zamawiającemu dokumenty na potwierdzenie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wprowadzał Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Choć kwestia „wprowadzenia w błąd" nie jest przedmiotem wniesionego odwołania, to jednak Przystępujący – w związku z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na odwołanie – wyjaśnia, że na żadnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wskazywał Zamawiającemu, że „Wykonanie, wdrożenie, uruchomienie systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych POBIS o nazwie Zmodernizowany System POBIS" dla Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych zostało zrealizowane w oparciu o jedną umowę. Przystępujący składając Zamawiającemu dokumenty na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu bazował przede wszystkim na referencji udzielonej Alterout IT sp. z o.o. przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (dalej „URPL") w dniu 22.10.2020 r. Informacje w niej zawarte zostały przeniesione do Wykazu zrealizowanych usług, przy czym Przystępujący wskazał jako daty początkową i końcową świadczenia usługi odpowiednio: datę zawarcia przez Alterout IT sp. z o.o. pierwszej umowy z URPL oraz datę zakończenia realizacji drugiej umowy Alterout IT sp. z o.o. z URPL. Nie sposób więc uznać, by Przystępujący próbował ukrywać przed Zamawiającym fakt zrealizowania wymaganego warunkiem systemu na podstawie dwóch umów.

Przystępujący pragnie dalej wskazać, iż wykazanie się zaprojektowaniem architektury rozwiązania, budową i wdrożeniem systemu teleinformatycznego opisanego w Rozdziale IV pkt 1.2.2.1 ppkt 1 SIWZ na podstawie dwóch umów nie było zabronione postanowieniami SIWZ.

Należy też zwrócić szczególną uwagę, w co nie wnikał ani Odwołujący, ani Zamawiający, iż zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemu POBIS dla URPL miało swój indywidualny i specyficzny przebieg, który w ocenie Przystępującego uprawniał do potraktowania dwóch wykonanych dla URPL umów jako jednego wdrożenia (usługi). Świadczą o tym m.in.:

a)Postanowienia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 5 do SIWZ postępowania prowadzonego przez URPL), strony 32-36, wskazujące na konieczność (a) dostosowania i (b) stworzenia większości modułów systemu w ramach zamówienia (umowy) z roku 2017. Potwierdza to, że system wymagał dwóch realizacji by osiągnąć zdolność operacyjną (patrz: ostatnia kolumna tabeli – status wymagania „Wdrożone, wymaga dostosowania" lub „Nie wdrożone wymaga oprogramowania");

b)Zgłoszenie klienta z systemu ticketowego z prośbą o wprowadzenie danych produkcyjnych celem rozpoczęcia pracy systemu od 1 lipca 2019 roku – co dowodzi, iż do co najmniej 1 lipca 2019 system nie pracował w wersji produkcyjnej, między innymi nie posiadał danych.

W zakończeniu Przystępujący wskazuje, iż nie może ponosić odpowiedzialności za zaproponowany przez URPL model przeprowadzenia zaprojektowania, budowy i wdrożenia systemu POBIS. Okoliczność, iż URPL zdecydował się na budowę systemu POBIS w oparciu o dwie odrębne umowy, nie powinna obciążać Przystępującego. Nie ulega też najmniejszej wątpliwości, że obie zrealizowane dla URPL umowy dotyczyły tego samego systemu teleinformatycznego (POBIS), a rozpoczęcie działania tego systemu miało miejsce dopiero po zakończeniu prac wynikających z drugiej umowy zawartej z URPL.

Także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie neguje możliwości łączenia umów celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tytułem przykładu wskazać należy na : ▪
wyrok z dnia 15 września 2014 r. KIO 1768/14

„Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż fakt, że A. zrealizował roboty budowlane na rzecz tego samego podmiotu, ale w oparciu o dwie odrębne umowy, powoduje, że nie jest możliwym połączenie wartości obu inwestycji celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, zgodnie z którym sam fakt realizacji inwestycji na podstawie kilku stosunków prawnych (kilku umów zawartych celem realizacji określonego zadania), nie stanowi przeszkody w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy ocenie możliwości powołania się na odrębne umowy należy ocenić czy przedmiot zamówienia wykonywany w ramach tych umów składał się na jedną funkcjonalną całość, a elementy tego przedmiotu zamówienia były ze sobą ściśle powiązane (podobnie np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 517/08).

Dla ustalenia wzajemnego powiązania zadań realizowanych w oparciu o odrębne umowy istotne znaczenie ma tożsamość przedmiotowa zamówienia (roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, funkcjonalnie powiązane), tożsamość czasowa zamówienia (zamówienia realizowane w zbliżonej perspektywie czasowej), tożsamość podmiotowa (wykonanie zamówienia przez jednego wykonawcę);

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2011 r. KIO 1468/11, KIO 1473/11

Podzielono w powyższym zakresie argumentację zawartą w odwołaniu I. Polska sp. z o.o. w W. Bezspornym jest, że przedmiotowe zadanie (zadania), o wartości 1.005.029.92 PLN netto wykonano na podstawie więcej niż jednej umowy. Jak wskazano wyżej, dopuszczalne byłoby potraktowanie kilku umów jako stanowiących jedno "zamówienie" o którym mowa w warunku, jeśli pozostają one w takim związku funkcjonalnym i takiej zbieżności czasowej, że razem wzięte mogą być traktowane jako "wdrożenie systemu teleinformatycznego". Przypomnieć w tym miejscu warto, że w metodykach zarządzania projektami informatycznymi/teleinformatycznymi przyjmuje się, jako pełnowartościową, niekiedy nawet konieczną z uwagi na uwarunkowania finansowe czy konieczność wyeliminowania ryzyk strategię wdrożenia projektu etapami. W tym kontekście uznano za dopuszczalne wylegitymowanie się więcej niż jedną umową na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jeśli czynności wynikające z tych umów, rozpatrywane łącznie dają rezultat w postaci wdrożenia odpowiedniego systemu.

Pogląd Izby, w świetle którego dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawców na usługi i dostawy wykonane na podstawie różnych umów, został wyrażony także w wyrokach: z dnia 10 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 517 /08, z dnia 23 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 561/08, z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 653/09, z dnia 31 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1774/10, z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 801/11.

Z opisanych wyżej względów zarzut nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu należy potraktować jako

bezzasadny.

2.Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Wskazywany przez Odwołującego przepis PZP pozostaje bez związku z kwestią spełniania / niespełniania warunków udziału w postępowaniu, która uregulowana jest w innych przepisach PZP. Wskazany artykuł dotyczy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, podczas gdy Odwołujący w jakimkolwiek miejscu odwołania nie zarzuca, że zaoferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia nie spełnia merytorycznych / technicznych wymagań Zamawiającego bądź że Przystępujący nie złożył wymaganego w SIWZ dokumentu stanowiącego treść oferty lub jest on błędny.

W konsekwencji uznać trzeba, że Odwołujący myli pojęcie nie spełniania warunków udziału w postępowaniu z pojęciem niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co powoduje brak możliwości uwzględnienia tego zarzutu przez Izbę.

3.Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP.

Podniesiony zarzut nie został w żaden sposób udowodniony przez Odwołującego. Przystępujący podnosi, że odwołanie bazuje jedynie na domniemaniu, że za zaoferowaną przez Przystępującego stawkę nie jest możliwe należyte świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia.

Tymczasem Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dowodów złożonych wraz z wyjaśnieniami Przystępującego i nie jest w stanie przeprowadzić dowodu na okoliczność rzekomego zaoferowania przez Przystępującego zaniżonych stawek za roboczogodzinę oraz kosztów realizacji projektu. Wydaje się zatem, że Odwołujący usiłuje przerzucić poniekąd ciężar weryfikacji i dowodu na Krajową Izbę Odwoławczą, oczekując, by Izba niejako z urzędu sprawdziła prawidłowość wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego. Z oczywistych względów takie działanie Odwołującego należy potraktować jako nieuprawnione.

Jak wskazał Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie, miał on możliwość skrupulatnego zweryfikowania i porównania sposobu kalkulacji ceny ofertowej zarówno w odniesieniu do Przystępującego, jak i Odwołującego. Przeprowadzona analiza doprowadziła do wniosku, iż każdy z wykonawców w sposób nie budzący wątpliwości Zamawiającego wykazał prawidłowość i rzetelność skalkulowania własnej ceny ofertowej.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego o rzekomym braku doświadczenia po stronie Przystępującego

wskazujemy, że NetPc sp. z o.o. legitymuje się bogatym doświadczeniem w realizacji wielu systemów wpierających usługi publiczne. Choć Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wyraził zgody się na wykazywanie się realizacjami zakończonymi wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert, to jednak Przystępujący właśnie w tym okresie zrealizował wiele podobnych projektów. Tytułem przykładu wskazać należy na dwa z nich :

i.LSI Szczecin system obsługujący usługi publiczne – referencje z budowy w roku 2015 – 350 tyś brutto (referencje w załączeniu)

ii.ii. GIG – referencje – 500 tyś brutto z utrzymaniem (referencjew załączeniu) Powracając do tematu wysokości cen ofertowych, Przystępujący podnosi, iż wielokrotnie spotykał się z sytuacją, w której złożona przez niego oferta znacząco odbiegała od pozostałych ofert, jednak została wybrana jako najkorzystniejsza a Przystępujący z sukcesem zrealizował umowę w sprawie zamówienia. Doskonałym przykładem może być tutaj postępowanie prowadzone przez URPL (rok 2016) - zestawienie ofert w załączeniu.

Odnosząc się do stosowania przez Przystępującego w projektach odmiennych stawek Przystępujący wyjaśnia, że każda składana oferta przetargowa związana jest z innymi obowiązkami opisanymi w OPZ oraz z różnymi warunkami oceny ofert. Z tych względów porównywanie ze sobą samej wysokości stawki stosowanej w różnych projektach jest nieuzasadnione. Jedynie tytułem przykładu Przystępujący wskazuje na zestawienie z otwarcia ofert z aktualnego postępowania prowadzonego przez URPL, gdzie oferowana stawka za godzinę usług wynosi 79,95 zł brutto.

4. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 PZP oraz art. 96 ust. 3 PZP.

Jak już wskazano na wstępie niniejszego pisma, Przystępujący nie oponuje wobec decyzji Zamawiającego o odtajnieniu informacji dotyczących uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz raportu otrzymanej pomocy deminimis wygenerowanego z systemu SUDOP.

W pozostałym zakresie Przystępujący podtrzymuje w pełni stanowisko zajęte przez Zamawiającego, jak również złożone uprzednio Zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami. W szczególności podkreślamy, że sposób kalkulacji ceny przez Przystępującego, zapewniający optymalizację zysków, stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla Przystępującego wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Przystępującego, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny, wypracowywane przez kilka lat w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracę ze sprawdzonym kontrahentami, posiadają dla Przystępującego wartość gospodarczą oraz mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku. Stawki, jakie oferuje w projektach, są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają, jako informacje handlowe szczególną wartość gospodarczą.

Doskonałym przykładem jest niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym Przystępujący tak oszacował wysokość ceny ofertowej, że skutecznie konkuruje nią z Odwołującym oraz pozostałymi wykonawcami. Dlatego umożliwienie zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego istotnie ułatwiłoby naszej konkurencji budowanie ceny ofertowej w przyszłych, innych postępowaniach o zbliżonym charakterze.

W świetle okoliczności przedstawionych powyżej oraz we wcześniejszych pismach do Zamawiającego nie ma wątpliwości, że Przystępujący, dokonując uprzednio zastrzeżenia wykazał, iż zawarte w wyjaśnieniach i zastrzeżone

informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym wnoszę o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego odpowiedzią na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez zamawiającego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest " Zaprojektowanie, budowa i wdrożenie w infrastrukturze teleinformatycznej wskazanej przez zamawiającego, systemu teleinformatycznego dziennika budowy", tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty NET PC sp. z o.o./przystępującego po stronie zamawiającego/wykonawcy wybranego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania odwoławczego potwierdził się zarzut odwołania

1. Naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 5 p.z.p, tj. brak wykluczenia NET PC sp. z o.o. z udziału w przedmiotowym postępowaniu i odrzucenia jego oferty, ponieważ oferta tego wykonawcy nie spełnia warunku udziału o którym mowa w rozdziale IV SIWZ pkt. 1.2.2.1 ppkt. 1, tj.. podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby firmie NET PC sp. z o.o. - Alterout IT Sp. z o.o. nie wykonał w ciągu ostatnich trzech lat co najmniej jednej usługi o wartości co najmniej 500 000 zł brutto (słownie złotych: pięćset tysięcy), polegającej na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego oferującego usługi publiczne, który charakteryzował się łącznie następującymi cechami:

a)został wykonany w wersji webowej,

b)został zbudowany w architekturze wielowarstwowej i wykorzystuje relacyjne lub relacyjno-obiektywne bazy danych,

c)wykorzystany w nim został interfejs programistyczny aplikacji (komunikacja zewnętrzna i wewnętrzna), zgody z wytycznymi REST jako miejsca styku pomiędzy systemami.";

gdy tymczasem usługa wykonana przez podmiot udostępniający swoje zasoby, tj. Alterout IT Sp. z o.o;. polegała na wykonaniu dwóch zamówień publicznych, których łączna wartość przekracza kwotę 500 000 zł brutto, co w konsekwencji doprowadziło do niezastosowania art. 24 ust. 4 p.z.p., tj. nie odrzucania ofert NET PC sp. z o.o.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego wykazało, że doświadczenie zawodowe obejmowało nie jedną ale dwie usługi, wykonane na rzecz tego samego zamawiającego w dwóch odrębnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego co dało po zsumowaniu wartości tych usług wynik spełnienia wymogu 500.000,00zł. brutto. Zamawiający na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty nie znalazł podstaw do wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania z tytułu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego dla wymogu doświadczenia zawodowego. Wykonawca wybrany złożył oświadczenie w postaci wykazu usług, w którym potwierdził spełnienie warunku udziału oraz poświadczenie o należytym wykonaniu przedstawionego doświadczenia zawodowego. Zamawiający dokonując oceny przedstawionego doświadczenia zawodowego (wykaz) oraz na jego potwierdzenie poświadczenia należytego wykonania zamówienia nie powziął wątpliwości co do ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, uznając je za wiarygodne jako wykonanie wymaganej jednej (1) usługi.

Odwołujący składając odwołanie zaprzeczył wiarygodności posiadanego doświadczenia zawodowego przez wykonawcę wybranego, przywołując złożone przez niego oświadczenie w postaci wykazu usług jak i poświadczenie o należytym wykonaniu usługi, przywołując w poczet dowodów Dowód nr 1 a: załącznik nr 89 do protokołu postępowania: 6. Wykaz usług spełniający wymagania Zamawiającego (załączony w akta sprawy);

Dowód nr 1 b: załącznik nr 89 do protokołu postępowania: 7 lit. a Poświadczenie referencje z dnia 26. 11. 2002 wystawione przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dla Alterout IT Sp. z o.o. (załączony w akta sprawy).

Formułując ten zarzut odwołujący wniósł o wykluczenie z postępowania wykonawcy wybranego a w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

Tak jak też twierdzi w swoim stanowisku przystępujący/wykonawca wybrany (pismo z dnia 18 stycznia 2021r.), pismo przystępującego powyżej zaprezentowane w uzasadnieniu, w odwołaniu nie znalazł się ani zarzut naruszenia art.26 ust.3 ustawy, ani na jego podstawie skonstruowane żądanie wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy do złożenia oświadczenia, dokumentu jako nie złożonego, czy też niekompletnego, bądź zawierającego błędy lub jako budzące wskazane przez zamawiającego wątpliwości czy też wymagające wyjaśnienia. Odwołujący domaga się wprost wykluczenia wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.89 ust.1 pkt 5 i art.24 ust.4 ustawy.

Odwołujący na potwierdzenie zarzutu złożył stosowne uzasadnienie w odwołaniu, którego wiarygodność potwierdził przywołanymi dowodami a w szczególności:

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału firma NET PC SP. z o.o. złożyła wykaz usług, w którym wykazała, że podmiot udostępniający zasoby, tj. Alterout IT Sp. z o.o. zrealizował usługę w okresie 21.11.2016 - 14.01.2019 na rzecz Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych. Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych o wartości 520 363.80 zł oraz przedstawił Poświadczenie wydane przez zamawiającego tę usługę.

Dowód nr 1a: załącznik nr 89 do protokołu postępowania: 6. Wykaz usług spełniający wymagania Zamawiającego (załączony w akta sprawy)

Dowód nr 1b: załącznik nr 89 do protokołu postępowania: 7 lit. a Poświadczenie referencje z dnia 26.11.2002 wystawione przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych dla Alterout 1TSp. z o.o. (załączony w akta sprawy)

Zgodnie z informacjami (dokumentacja zamówień publicznych) zamieszczonymi w BIP Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, firma Alterout IT Sp. z o.o. zrealizowała dwie usługi dla niniejszego zamawiającego na podstawie rozstrzygniętych dwóch przetargów nieograniczonych, a żadna z tych usług

nie spełnia samodzielnie warunku udziału, o którym mowa powyżej, w szczególności w zakresie wymaganej wartości 500 000,00 zł.

Przetarg 1(12/2016) Wykonanie, wdrożenie oraz utrzymanie (wsparcie) techniczne systemu informatycznego do - rejestracji produktów/ biobójczych - POBIS, nr sprawy: UR.GDG.DGZ;26.12.2016.SG firma Alterout ,IT Sp. z o.o.. złożył ofertę o łącznej wartości 267.771,00 zł (w. tym etap 1 polegający, m.in. na wykonaniu, wdrożeniu, uruchomieniu systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych POBIS o nazwie -Zmodernizowany System POBIS, wykonanie migracji danych do Systemu z aktualnie działającego systemu POBIS, a także szkolenie maksymalnie 40 pracowników Zamawiającego w zakresie obsługiwania Systemu oraz maksymalnie 3 pracowników Zamawiającego w zakresie wykonywania czynności administracyjnych (administratorskich) - wartość: 140 835,00 PLN oraz etap 2, którego przedmiotem było świadczenie usług utrzymania (wsparcia) technicznego do 31 października 2017 r. (ok. 10 miesięcy) - wartość 126 936,00 PLN

Dowód 2a: SIWZJUR.GDG.DGZ.26.12.2016.SC

Dowód 2b: informacja dot. otwarcia ofert,

Dowód 2c: informacja o wyborze oferty

Przetarg 2 (07/2017) Rozbudowa systemu bazy danych substancji czynnych i produktów biobójczych — POBIS oraz utrzymanie (wsparcie) techniczne tego systemu informatycznego, nr sprawy: UR.GDG.DGZ.26.07.2017.SC

Firma Alterout IT Sp. z o.o. złożyła ofertę o łącznej wartość 354 080,00 PLN (w tym etap 1 polegający m.in. na rozbudowie systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych POBIS o nazwie - Zmodernizowany System POBIS i jego integracja z danymi publikowanymi przez Europejską Agencję Chemikaliów (ECHA), a także szkolenie maksymalnie 40 pracowników ZAMAWIAJĄCEGO w zakresie obsługiwania Systemu oraz 3 pracowników ZAMAWIAJĄCEGO w zakresie wykonywania czynności administracyjnych (administratorskich) - wartość: 110 700,00 PLN oraz etap 2, którego przedmiotem było świadczenie usług utrzymania (wsparcia) technicznego Systemu (istniejącego i po rozbudowie) w okresie od dnia zawarcia Umowy do 31 grudnia 2019 r.-wartość 253 380,00 PLN

Wybór oferty firmy Alterout IT sp. z o.o. nastąpił w dniu 8.11.2017 r., umowa w sprawie zamówienia miała zostać zawarta z datą 15.11.2017 r.

Dowód3a: DowódJa_SIWZJJR.GDG.DGZ.26.07.2017.SC

Dowód 3b: informacja z otwarcia ofert,

Dowód 3ć: informacja o wyborze oferty

Zgodnie z powyższym, firma Alterout IT Sp. z o.o, wykonała najpierw usługę budowy systemu informatycznego do_ rejestracji „produktów, biobójczych — POBIS, a następnie, w ramach osobnego postępowania przetargowego i na podstawie odrębnej umowy, rozbudowę tego systemu. Wartość każdej z tych usług wynosiła poniżej 500 000,00 zł.

Dodatkowo, potwierdzeniem, iż firma Net PC Sp. z o.o. próbuje wykazać się więcej niż jedną usługą na spełnienie warunku udziału, jest fakt, iż w Poświadczeniu wydanym przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, które firma Net PC Sp. z o.o. przedstawiła Zamawiającemu (zał. 89 do protokołu postępowania), wskazane jest, że „koszt zrealizowanych usług przekroczył wartość 500 000,00 zł brutto". Mowa jest więc o więcej niż jednej usłudze.

Złożone odwołanie spowodowało po stronie zamawiającego czynności wyjaśniające w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, które potwierdziły ustalenia odwołującego.

W tym zakresie Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie przedstawił następujące stanowisko w sprawie oraz przedstawił dokonane czynności w związku z zarzutem odwołania nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu:

„Oferta Wykonawcy NetPC sp. z o.o., została najwyżej oceniona, w związku z czym zamawiający, zgodnie z przewidzianą w SIWZ możliwością przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 24aa ustawy, dokonał oceny podmiotowej tego Wykonawcy, tj. zbadał oświadczenie wstępne (JEDZ), a następnie wezwał w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Wykonawca na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, złożył „wykaz wykonanych usług" oraz „poświadczenia" potwierdzające należycie zrealizowane usługi, w tym „poświadczenie" wystawione przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, z treści którego wynikało, że podmiot, na zasoby którego powołuje się Wykonawca Net PC sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, tj. Alterout IT sp. z o.o., wykonał należycie usługę polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego ofertującego usługi publiczne (rejestracji produktów biobójczych POBIS).

Treść tego „poświadczenia" potwierdziła, że usługa charakteryzowała się wymaganymi przez Zamawiającego cechami oraz została należycie wykonana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. W pierwszym zdaniu poświadczenia zostało potwierdzone, że Alterout IT sp. z o.o. wykonała usługę polegającą na zaprojektowaniu architektury rozwiązania, budowie i wdrożeniu systemu teleinformatycznego. Wskazanie w drugim zdaniu poświadczenia liczby mnogiej wykonanych usług Zamawiający odnosił do kwot przypadających za realizację poszczególnych etapów tej usługi, tj. odpowiednio zaprojektowania, budowy oraz wdrożenia. Wobec powyższego, to nie poświadczenia (referencje), których rolą jest potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz usług stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia.

Wobec powyższego, skoro Wykonawca Net PC sp. z o.o. w oświadczeniu JEDZ, wstępnie oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a następnie na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy, złożył oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków, brak było podstaw do uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie. W tym miejscu należy również wskazać, iż

Zamawiający swoje decyzje w zakresie oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, opierał na oświadczeniach własnych wykonawców lub dokumentach wystawionych przez podmioty trzecie.

Mając na uwadze, że Wykonawca Net PC sp. z o.o. wykazał, na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu, a także uzyskał najwyższą liczbę punktów w kryterium oceny ofert, Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez tego Wykonawcę, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący natomiast podniósł w odwołaniu, że usługa wskazana w wykazie usług, wykonana przez Alterout IT sp. z o.o. (podmiot, za zasoby którego powołuje się Wykonawca Net PC sp. z o.o.) nie spełnia przedmiotowego warunku, w szczególności w zakresie wymaganej minimalnej wartości tej usługi, tj. 500 000 zł brutto. Co więcej Odwołujący wskazał, że Wykonawca Net PC sp. z o.o., na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykazał się realizacją dwóch usług, a nie jedną, z czego pierwsza usługa dotyczyła budowy systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych – POBIS, natomiast druga usługa dotyczyła rozbudowy tego systemu (na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił dokumentację postępowań o udzielenie tych zamówień Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający w dniu 29.12.2020 r. zwrócił się do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z prośbą o udzielenie informacji w zakresie:

1)czy wystawione przez ten Urząd, dla Alterout IT sp. z o.o. poświadczenie należytego wykonania usługi dotyczy jednej z ww. usług (jeśli tak, to której), czy dwóch ww. usług?,

2)jaka była wartość usługi, dla której wystawione zostało ww. poświadczenie w podziale na:

 wykonanie, wdrożenie, uruchomienie systemu informatycznego, świadczenie usług utrzymania (wsparcia) technicznego systemu?

Dowód: pismo skierowane do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

W tym samym dniu, tj. 29.12.2020 r. otrzymano odpowiedź, że firma Alterout IT sp. z o.o., wykonywała prace związane z zaprojektowaniem, wytworzeniem, wdrożeniem i późniejszym utrzymaniem systemu rejestracji produktów biobójczych POBIS w oparciu o dwie umowy, tj.:

umowę nr UR/022/321/2016 [BI], zawartą 21.11.2016 r., której przedmiotem było „Wykonanie, wdrożenie, uruchomienie u Zamawiającego systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych POBIS o nazwie Zmodernizowany System POBIS", w tym przekazanie niezbędnych licencji, wykonanie migracji danych, przeszkolenie pracowników Zamawiającego oraz świadczenie usług utrzymania technicznego, tj. dostosowanie Systemu Bazy Danych Substancji Czynnych i Produktów Biobójczych – POBIS do nowych regulacji prawnych, przebudowa obecnego systemu w zakresie obsługi procedur europejskich oraz świadczenie usług opisanych szczegółowo w Załączniku nr 2 do Umowy",

umowę nr UR/022/234/2017/BI zawartą w dniu 15 listopada 2017 r., której przedmiotem było „Wykonanie, wdrożenie i uruchomienie u Zamawiającego rozbudowy systemu informatycznego do rejestracji produktów biobójczych POBIS o nazwie Zmodernizowany System POBIS, integracja Systemu z danymi publikowanym przez Europejską Agencję Chemikaliów (ECHA), przekazanie Zamawiającemu niezbędnych licencji utrzymania technicznego Systemu – całość opisana szczegółowo w Załączniku nr 2 do Umowy".

Jednocześnie Zamawiający otrzymał informację, że „poświadczenie" wystawione na rzecz firmy Alterout IT sp. z o.o., dotyczy łącznie dwóch umów, natomiast wartość poszczególnych umów wynosiła odpowiednio 267 771,00 zł brutto oraz 364 080,00 zł brutto.

Dowód: pismo od Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Powyższe dowody w sposób bezpośredni i jednoznaczny wskazują, że Wykonawca Net PC sp. z o.o., wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie informacji nieprawdziwych, co w konsekwencji miało wypływ na dokonanie przez Zamawiającego błędnej oceny w zakresie spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca, który działa w określonej branży i wykonuje określone usługi na rzecz innych podmiotów, a następnie wykazuje się ich realizacją, powinien posiadać wiedzę na temat zakresu tych usług oraz ich wartości.

Przedstawione wyżej działanie Wykonawcy Net PC sp. z o.o., w ocenie Zamawiającego, stanowi podstawę do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 16 i 17 ustawy. Wykonawca Net PC sp. z o.o. składając dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a działania te zostały wywołane w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób zgodzić się z Odwołującym w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Przywołany przepis dotyczy sytuacji, w której wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższy przypadek nie występuje w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ Wykonawca Net PC sp. z o.o., przedstawił oświadczenia i dokumenty, w których wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast informacje przedstawione w tych oświadczeniach i dokumentach okazały się nieprawdziwe, co w konsekwencji wpłynęło na błędną ocenę spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zauważyć również należy, że Zamawiający uznając, że Wykonawca Net PC sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie korzystał z instytucji wezwania tego Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy, co tym bardziej nie daje podstawy do wykluczenia Wykonawcy Net PC sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Wobec powyższego Zamawiający nie uwzględnia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Jednocześnie, mając na uwadze przedstawione dowody potwierdzające, że Net PC sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dokona:

–unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

–wykluczenia Wykonawcy Net PC sp. z o.o. z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 16 i 17 ustawy,

–ponownej oceny i badania ofert.”

Izba zaprezentowała powyżej ponownie znaczne fragmenty stanowiska zamawiającego z następujących przyczyn.

Po pierwsze wynika z niego, że zamawiający przyznaje okoliczności podniesione w odwołaniu co do stanu faktycznego i prawnego, związanego z doświadczeniem zawodowym wykonawcy wybranego/przystępującego, co do braku wymaganego doświadczenia. Ustalenia zamawiającego są tożsame z ustaleniami odwołującego co do przedstawienia w wykazie w jednej pozycji dwóch (2) a nie jednej (1) usługi na spełnienie doświadczenia, które wymaga jednej (1) usługi o wartości co najmniej 500.000,00 zł. brutto. Wykonawca wybrany zsumował dwie usługi (1-budowa systemu i 2 – rozbudowa systemu) aby uzyskać wymaganą wartość usługi w wysokości co najmniej 500.000,00 złotych. Istnieje zgodność zarówno odwołującego, jak i zamawiającego co do faktu, że wykonawca wybrany/przystępujący nie wykazał doświadczenia zawodowego w wymaganej wysokości co do wartości usługi.

Po drugie zamawiający co do bezspornie ustalonego stanu faktycznego braku 1 usługi o wartości co najmniej 500.000,00 zł. wywodzi odmienne skutki prawne niż odwołujący. Odwołujący żąda wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 i ust.4 oraz art.89 ust.1 pkt 5 ustawy. Zamawiający nie uwzględnia zarzutu i oświadcza, że dokona czynności wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Bowiem dla zamawiającego nie wyczerpanie w stosunku do wykonawcy wybranego trybu art.26 ust.3 ustawy, stanowi przeszkodę w zastosowaniu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy. Stanowisko zamawiającego co do obowiązku zastosowaniu trybu art.26 ut.3 ustawy podziela przystępujący/wykonawca wybrany w prezentowanym powyżej piśmie z dnia 18 stycznia 2021 roku.

Po trzecie zamawiający żąda oddalenia odwołania, ponieważ nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 12 ustawy ze względów jak powyżej to jest nie wyczerpania trybu art.26 ust.3 ustawy, a w odwołaniu nie podniesiono zarzutu naruszenia art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy. Niemniej oświadcza, że dokona unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Wykonawcy Net PC sp. z o.o. z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 16 i 17 ustawy, ponownej oceny i badania ofert.

Z kolei przystępujący w zaprezentowanym powyżej stanowisku w uzasadnieniu (pismo z dnia 18 stycznia 2021r.) przywołuje szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, które sankcjonują zsumowywanie usług przy wykazywaniu doświadczenia zawodowego, pomimo odrębnych zamówień oraz odrębnych umów, jeżeli stanowią kolejne umowy stanowią np. rozbudowę czy to obiektu budowlanego, czy to systemu informatycznego.

Izba dokonując oceny zasadności zarzutu odwołania co do naruszenia art.24 ust.1 pkt 12, ust.4 tegoż artykułu oraz art.89 ust.1 pkt 5 ustawy podziela stanowisko odwołującego. Jak już powyżej nadmieniono stan faktyczny sprawy ustalono bezspornie zarówno po stronie odwołującego, jak i zamawiającego oraz przystępującego po jego stronie/wykonawcy wybranego. Miało miejsce wykonanie dwóch usług w ramach dwóch postępowań o udzielenie zamówienia oraz w ramach dwóch odrębnych umów (budowy i rozbudowy systemu informatycznego), na rzecz tego samego zamawiającego. Natomiast zgodnie z wymogiem zamawiającego miała być jedna usługa na kwotę co najmniej 500.000,00 zł. i dotyczyć budowy systemu, a nie budowy i rozbudowy. Tak więc nie został spełniony warunek, po pierwsze co do 1 (jednej) usługi o wartości minimum 500.000,00zł., po drugie co do budowy, a nie budowy i rozbudowy systemu oraz po trzecie nie ma znaczenia, że budowa i rozbudowa dotyczyła tego samego systemu, u tego samego zamawiającego.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego i przystępującego co do obowiązku w zaistniałej sytuacji zastosowania trybu art.26 ust.3 ustawy. Po pierwsze w złożonym odwołaniu brak zarzutu naruszenia art. 26 ust.3 ustawy. Po drugie w zaistniałej sytuacji brak spełnienia którejkolwiek z przesłanek do zastosowania art.26 ust.3 ustawy. Przesłankami tymi są następujące okoliczności. Po pierwsze brak oświadczenia o którym mowa w art.25a ust.1 ustawy – został złożony i wypełniony JEDZw zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po drugie brak oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy – został złożony wykaz usług i poświadczenie należytego wykonania. Po trzecie oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości – zamawiający nie stwierdził niekompletności, błędów ani wątpliwości co do wykazu usług i poświadczenia należytego wykonania usług. Tak więc nie spełnione zostały przesłanki opisane w art.26 ust.3 ustawy, które nakazywałyby jego zastosowanie, ani nie został postawiony zarzut odwołania naruszenia art.26 ust.3 ustawy.

W tym stanie rzeczy potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 oraz ust.4 tegoż artykułu i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy, które nakazują wykluczenie wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

Podsumowując odwołanie w myśl art.192 ust.2 ustawy zasługuje na uwzględnienie, ponieważ naruszenie powyżej wskazanych przepisów miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to jest na wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Izba nie uznała za wykazane i udowodnione pozostałe zarzuty odwołania.

Co do zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Izba podziela argumentację zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 18 stycznia 2021r. (przytoczoną powyżej w uzasadnieniu), którą przywołuje poniżej w jej istotnym fragmencie.

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wnosi o odrzucenie oferty Wykonawcy Net PC sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako sprzecznej z treścią SIWZ, ponieważ przedstawiona przez tego Wykonawcę usługa nie spełnia określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego nie sposób zgodzić się z Odwołującym odnośnie postawionego zarzutu. Odrzucenie oferty

Wykonawcy na postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest możliwe jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta Wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu.

Przez pojęcie „treść oferty" należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. „Treść oferty" to jednostronne zobowiązanie Wykonawcy do wykonania zgodnego z żądaniami Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Natomiast „treść SIWZ" to zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując powyższe, można przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, albo na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast brak spełnienia przez Wykonawcę Net PC sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu nie jest przesłanką do uznania, że oferta tego Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Izba powyższą argumentację zamawiającego, przyjmuje jak za własną i nie stwierdza naruszenia ustawy w zakresie art.89 ust.1 pkt 2 w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego/wykonawcę wybranego jakim jest doświadczenie zawodowe.

Co do zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Izba podziela argumentację zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 18 stycznia 2021r. (przytoczoną powyżej w uzasadnieniu), którą przywołuje poniżej w jej istotnym fragmencie.

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Czynności mające na celu weryfikację, czy zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego były prowadzone zarówno w stosunku do Wykonawcy NET PC sp. z o.o., jak i Odwołującego. Należy zaznaczyć, że w ramach tej procedury obydwie firmy przekazały bardzo szczegółowe informacje, które pozwoliły na wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie.

W obydwu przypadkach, zostały przedstawione dane, z których Zamawiający miał możliwość bezpośredniego sprawdzenia lub wyliczenia: liczby roboczogodzin zaplanowanych przez Oferentów na realizację poszczególnych zadań, stawki za roboczogodzinę oraz kosztów realizacji poszczególnych zadań i całego projektu.

W odniesieniu do tych założeń, Zamawiający nie ma jednak podstaw aby kwestionować przyjętą przez Wykonawcę NET PC sp. z o.o. wysokość stawki za roboczogodzinę. Jest to stawka rynkowa, która nie odbiega od stawek wskazanych przez Odwołującego w swoich wyjaśnieniach opartych na danych z portalu pracuj.pl.

W odniesieniu do stwierdzenia Odwołującego, które miałoby potwierdzać dokonanie zaniżenia kalkulacji oferty przez Net PC sp. z o.o. na podstawie m.in. oferty złożonej przez firmę Alterout IT sp. z o.o. (podmiotu na zasoby, którego powołuje się Wykonawca Net PC sp. z o.o.) w przetargach dla Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, Zamawiający wyjaśnia, że w niniejszym postępowaniu, ocenie podlegała oferta złożona przez Net PC sp. z o.o. Dlatego też, argument przedstawiony w tym zakresie przez Odwołującego nie może być brany pod uwagę. Niezależnie od tego należy wyjaśnić, że może być wiele czynników mających wpływ na różnice w kosztach związanych z projektami realizowanymi przez firmy, nawet pochodzące z tej samej grupy kapitałowej (specjalizacje w projektach, polityka kadrowa, miejsce funkcjonowania itp.).

Izba powyższą argumentację zamawiającego, przyjmuje jak za własną i nie stwierdza naruszenia ustawy w zakresie art.89 ust.1 pkt 4 w związku z zarzutem odwołania rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego i wyjaśnieniami podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Co do zarzutu odwołania naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 ustawy Izba podziela argumentację zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 18 stycznia 2021r. (przytoczoną powyżej w uzasadnieniu), którą przywołuje poniżej w jej istotnym fragmencie

Zamawiający w piśmie z dnia 18 stycznia 2021r. uwzględnił w części zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 ustawy (co do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz raportu otrzymanej pomocy deminimis wygenerowanego z systemu SUDOP)

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

Natomiast stosownie do treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020, poz.1913), 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.

Wykonawca Net PC sp. z o.o./przystępujący/wykonawca wybrany zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz wykazie osób skierowanych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Ww. dokumenty zawierają szczegółowe informacje dotyczące:

2)kalkulacji ceny, w której wskazano wszystkie elementy cenotwórcze, m.in. koszty realizacji poszczególnych zadań, w tym koszt i zaangażowanie pracowników, szacowaną liczbę roboczogodzin w odniesieniu do poszczególnych

zadań, zysk, przyjęte rozwiązania technologiczne realizacji przedmiotu zamówienia, wskazane zostały również dane dotyczące osoby z zespołu w modelowaniu systemów informatycznych,

2)osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa ww. informacji jako zasadne, ponieważ przedstawione przez tego Wykonawcę uzasadnienie dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ww. dokumentach spełniało wszystkie wymagania przewidziane zarówno w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i w art. 8 ust. 3 ustawy.

W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji dotyczących wyliczenia ceny oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Net PC sp. z o.o. wskazał i udowodnił należycie, że informacje zastrzegane spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności:

1)posiadają wartość gospodarczą,

Wykonawca wyjaśnił w jaki sposób ujawnienie tych informacji naruszałoby jego interesy oraz wpływałoby niekorzystnie na jego pozycję konkurencyjną w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Ujawnienie informacji o sposobie kalkulacji ceny może spowodować, że konkurencja byłaby w stanie oszacować poziom oferowanych przez Wykonawcę cen na podobne zamówienia w innych postępowaniach. Dodatkowo wskazane w wyjaśnieniach czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie mają charakteru jednorazowego i nie dotyczą wyłącznie przedmiotowego postępowania, lecz będą oddziaływać na wysokość cen oferowanych w innych postępowaniach. Ujawnienie tych informacji ułatwiłoby istotnie konkurencji szacowanie wysokości cen, które Wykonawca Net PC sp. z o.o. będzie oferował w innych postępowaniach.

2)nie są informacjami ujawnionymi do wiadomości publicznej,

Wykonawca wyjaśnił, że informacje zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, są znane jedynie ściśle określonej grupie osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, tj. wybranym pracownikom i współpracownikom Wykonawcy Net PC sp. z o.o. Poinformował również, że ograniczył liczbę osób znających treść zastrzeżonych dokumentów do niezbędnego minimum, a osoby te, znające treść dokumentów, zostały poinformowane o ich poufnym charakterze oraz zostały zobowiązane do zachowania poufności odnośnie zastrzeżonych informacji.

W załączeniu do wyjaśnień Wykonawca dołączył „Zobowiązanie do zachowania poufności" podpisane przez poszczególne osoby, które będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy także, że zastrzeżone informacje stanowią dane o potencjale kadrowym Wykonawcy, a biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i konieczność dysponowania przez Wykonawcę osobami o odpowiednich kwalifikacjach, dane te mają znaczenie i wartość gospodarczą. Dodatkowo Wykonawca ten podjął odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy – informacje te nie są i nigdy nie były podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zapisane został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem.

3)podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca wyjaśnił w jaki sposób zostały zapewnione środki techniczne i organizacyjne w celu zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze – dostęp do informacji zastrzeżonych posiada ograniczona do minimum liczba osób znających treść tych dokumentów, które są związani stosownymi umowami o zachowaniu poufności. Po drugie – Wykonawca poinformował, że ograniczenie dostępu do zastrzeżonych informacji i dokumentów poprzez zapewnienie systemu kontroli dostępu, kontrolę zainstalowanego oprogramowania, pełną identyfikację i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań), zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu), serwer proxy (filtrowanie i monitorowanie ruchu), szyfrowana transmisja do wewnętrznych systemów (hasła są szyfrowane), przechowywanie wiadomości na serwerze jest zaszyfrowane, umieszczenie serwerów w bezpiecznych pomieszczeniach, uprawnienia użytkowników do dostępu do konkretnego oprogramowania są dostosowane na podstawie stanowiska. Dodatkowo wskazał, że posiada wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa z Instrukcją zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych oraz wdrożoną zasadę wiedzy niezbędnej – do zasobów mają dostęp tylko osoby, które potrzebują ich do wykonywania obowiązków służbowych.

Jednocześnie Wykonawca Net PC sp. z o.o. wskazał w wyjaśnieniu, że zastrzeżone informacje należy brać pod uwagę, jako jedną całość – nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ujawnienie pojedynczych informacji niweczy tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący też dokonał zastrzeżenia swoich wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności ceny za wykonanie poszczególnych zadań, stawek godzinowych – takie postępowanie Odwołującego stoi w sprzeczności z jego twierdzeniem, że „wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w całości należy uznać za nieskuteczne".

Reasumując, Zamawiający na podstawie przeprowadzonej oceny skuteczności zastrzeżenia przez Net PC sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, uznał, że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach stanowią dla tego Wykonawcy wartość gospodarczą, dlatego też nie zostały one odtajnione.

W uzasadnieniu zastrzeżenia wykazu osób, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca Net PC sp. z o.o. również wskazał i udowodnił należycie, że informacje zastrzegane spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.:

1)posiadają wartość gospodarczą,

Wykonawca wskazał, że informacje zawarte w wykazie osób stanowią krytyczną i niezwykle ważną wartość gospodarczą z uwagi na branżę wysoko specjalistycznych usług, w której on przede wszystkim działa. Fachowa wiedza osób realizujących przedmiot zamówienia oraz ich doświadczenie wynikające z udziału w usługach spełniających wymagania Zamawiającego, stanowi kluczową wartość gospodarczą, ponieważ o sile firmy przesądzają przede wszystkim ludzie, dlatego informacje na temat kluczowych specjalistów mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem

dla konkurentów, którzy np. mogliby próbować pozyskać ich dla władnych potrzeb w zakresie prowadzonej działalności. Wykaz osób zawiera szczegółowe informacje nt. kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz podstawy do dysponowania wskazanymi osobami, dlatego też informacje te stanowią tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa. Z uwagi, że osoby wskazane w wykazie to specjaliści z różnych specyficznych branż – programiści, testerzy, kierownik projektu, architekt IT, którzy z kolei stanowią w dużej mierze ograniczoną liczbę specjalistów – Wykonawca posiada uzasadniony interes w ochronie tego potencjału, aby konkurencyjne firmy nie mogły podjąć działań zmierzających do utraty przez tego Wykonawcę tegoż potencjału. Wykonawca dołączył do wykazu kopie umów o poufności – „Zobowiązanie do zachowania poufności", podpisane przez poszczególne osoby, które będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, które zostały również objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, z analogicznych względów co wykaz osób.

2)nie są informacjami ujawnionymi do wiadomości publicznej,

Wykonawca poinformował, że informacje zawarte we wszystkich zastrzeżonych dokumentach są informacjami nieujawnionymi do wiadomości publicznej i nie są to informacje, o których każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się może drogą zwykłą i dozwoloną. Informacje te są znane jedynie ściśle ograniczonej grupie osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, tj. wybranym pracowników Wykonawcy, którzy brali udział w przygotowaniu oferty oraz odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 1 ustawy. Osoby znające treść dokumentów zostały poinformowane o ich poufnym charakterze oraz zostały zobowiązane do zachowania zastrzeżonych informacji do zachowania poufności – w załączeniu do wyjaśnień Wykonawca dołączył „Zobowiązanie do zachowania poufności" podpisane przez poszczególne osoby.

3)podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca wskazał, że podjął działania niezbędne do zachowania zastrzeżonego wykazu oraz zapewnił liczne środki techniczne oraz organizacyjne w tym celu. Po pierwsze – dostęp do informacji zastrzeżonych posiada ograniczona do minimum liczba osób znających treść tych dokumentów, które są związani stosownymi umowami o zachowaniu poufności. Po drugie – Wykonawca podniósł, że dostęp do zastrzeżonych informacji i dokumentów został znacznie ograniczony poprzez zapewnienie systemu kontroli dostępu do pomieszczeń (ścieżka przejść, historia czytnika), systemu monitoringu (telewizja przemysłowa), całodobową ochronę fizyczną, system alarmowy, kontrolę zainstalowanego oprogramowania, pełną identyfikację i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań), zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu), szyfrowanie poczty, umieszczenie serwerów w bezpiecznych pomieszczeniach, uprawnienia użytkowników do dostępu do konkretnego oprogramowania są dostosowane na podstawie stanowiska użytkownika. Dodatkowo Wykonawca wskazał, że posiada wdrożoną Politykę Bezpieczeństwa z Instrukcją zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych.

Wykonawca Net PC sp. z o.o. również wskazał, że zastrzeżone informacje należy brać pod uwagę, jako jedną całość – nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ujawnienie pojedynczych informacji niweczy tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący słusznie wskazał, że Wykonawca Net PC sp. z o.o. złożył wraz z ofertą wykaz osób skierowanych do wykonania przedmiotu zamówienia (w celu uzyskania punktacji w kryterium dotyczącym doświadczenia osób) i wykaz ten nie został utajniony przez tego Wykonawcę. Należy jednak zwrócić uwagę, że wykaz osób, który został złożony przez Net PC sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zawiera – z wyjątkiem imion, nazwisk i stanowisk – dodatkowe informacje, które nie zostały wskazane w wykazie złożonym wraz z ofertą. Ta różnica, która zadecydowała, że Zamawiający uznał za skuteczne zastrzeżenie tego dokumentu, polega w szczególności na ujęciu w wykazie osób złożonym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, informacji dotyczących podstawy do dysponowania wskazanymi osobami, ich doświadczenia oraz pracach zrealizowanych na rzecz podmiotów, w ramach których zostało zdobyte doświadczenie tych osób. Wykonawca Net PC sp. z o.o. w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia informacji wskazanych w wykazie osób, poinformował, że także te informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą.

Nadmienić należy, że specyfika rynku usług informatycznych charakteryzuje się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, zatem informacje o potencjale kadrowym wykonawców, w tym o sposobie dysponowania osobami mają znaczenie gospodarcze.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający uznał, że Wykonawca Net PC sp. z o.o. wykazał, że zastrzegane informacje w zakresie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty oraz wykazu osób złożonym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ten przede wszystkim wykazał zasadność zastrzeżenia określonych informacji, a w szczególności uzasadnił, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, nie były ujawnione do wiadomości publicznej, a także wyczerpująco opisał jakie niezbędne działania podjął w celu zachowania poufności.

Jednocześnie, Zamawiający uznaje za słuszny zarzut Odwołującego w zakresie uznania przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżone przez Wykonawcę Net PC sp. z o.o. informacje dotyczące:

1)uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

2)raportu otrzymanej pomocy deminimis wygenerowanego z systemu SUDOP.

Izba powyższą argumentację zamawiającego, przyjmuje jak za własną i nie stwierdza naruszenia ustawy w zakresie art. 8 ust. 3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 ustawy, z uwzględnieniem zakresu odtajnienia przez zamawiającego co do uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz raportu otrzymanej pomocy deminimis wygenerowanego z systemu SUDOP. W tym zakresie odtajnienia przystępujący nie wniósł sprzeciwu w stanowisku z dnia 18 stycznia 2021roku, prezentowanym powyżej w niniejszym uzasadnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w połowie wysokości. Pełnomocnik odwołującego złożył fakturę vat za udział w procesie, stąd zasądzono 1.800.00,zl w połowie wysokości na rzecz odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. O podziale proporcjonalnym kosztów zdecydowała Izba na wniosek zamawiającego w jego stanowisku z dnia 18 stycznia 2021r., mając na uwadze udział wykazanych zarzutów odwołania przez odwołującego w stosunku do ilości i rodzaju zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Przewodniczący: ……..……