

WYROK
z dnia 23 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Sputnik Software

Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Klinkierowej 7 (60-104 Poznań) oraz **MADKOM S.A.** z siedzibą w Gdyni przy Al. Zwycięstwa 96/98 (81-451 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie** z siedzibą w Krakowie przy ul. Basztowej 22 (31-156 Kraków)

przy udziale wykonawcy **REKORD SI Sp. z o.o.** z siedzibą w Bielsku-Białej przy ul. Kasprowicza 5 (43-300 Bielsko-Biała), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sputnik Software Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu oraz **MADKOM S.A.**

z siedzibą w Gdyni i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2432/20

UZASADNIENIE

Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na *Zaprojektowanie, dostawę, wdrożenie, utrzymanie i rozwój zintegrowanego systemu ds. planowania budżetu i obsługi finansowo - księgowej oraz sprawozdawczości w związku z realizacją Projektu pn. „Zintegrowany System Informatyczny – narzędzia IT wspomagające zarządzanie Województwem Małopolskim”* (znak sprawy: IS-I.272.13.2019), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 maja 2020 r., pod numerem 2020/S 097-231668.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Sputnik Software Sp.**

z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz **MADKOM S.A.** z siedzibą w Gdyni, zwani dalej: „odwołującym” w dniu 25 września 2020 r. wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w toku postępowania, polegających na:

- dokonaniu wybiórczej oraz dowolnej oceny wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. dotyczących ceny oferty odwołującego;
- uznaniu, że wyjaśnienia odwołującego z dnia 19 sierpnia 2020 r. nie potwierdzają iż cena oferty odwołującego nie stanowi ceny rażąco niskiej;
- odrzuceniu oferty odwołującego, jako zawierającej cenę rażąco niską;
- ewentualne zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, mimo że pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2020 r. było sformułowane w sposób bardzo ogólny i w sprawie pozostawały wątpliwości wymagające dalszych wyjaśnień;
- odtajnieniu części wyjaśnień ceny z dnia 19 sierpnia 2020 r. mimo, iż ww. wyjaśnienia zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- zaniechaniu dalszego procedowania w celu dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1) art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w związku z uznaniem, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny oferty nie potwierdziły, że nie była ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy wyjaśnienia w zakresie ceny oferty były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2020 r. oraz potwierdzały, że cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska, ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia;

2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną i nieprzejrzystą ocenę wyjaśnień odwołującego z dnia 19 sierpnia 2020 r. w zakresie ceny oferty, przy jednoczesnym uznaniu w trakcie oceny wyjaśnień, że pomimo wystąpienia wątpliwości i niespójności nie jest konieczne wezwanie do dalszych, bardziej szczegółowych wyjaśnień mimo, iż prawidłowe ustalenie powyższych kwestii potwierdziłoby rynkowy charakter zaoferowanej ceny oraz możliwość prawidłowego zrealizowania zamówienia;

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez odrzucenie oferty, która zawiera ceny realne, umożliwiające realizację zamówienia i osiągnięcie zysku;

4) ewentualnie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty, mimo istnienia wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia;

5) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419, zwanej dalej: „Uznk”) przez dokonanie odtajnienia wyjaśnień ceny złożonych przez odwołującego dnia 19 sierpnia 2020 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r., które to dokumenty w zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk.

W świetle powyższych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, ponieważ ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji wniósł o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie ceny oferty;
- dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert;
- ewentualnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego połączone z ponownym wezwaniem odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień;
- unieważnienie czynności odtajnienia wyjaśnień ceny z dnia 19 sierpnia 2020 r. mimo, iż ww. wyjaśnienia zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. W ocenie odwołującego zamawiający dokonał oceny jego wyjaśnień w sposób wybiórczy i dowolny, co doprowadziło do niezasadnego ustalenia, że odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę i powinien podlegać ona odrzuceniu, co uniemożliwia wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. Ponadto, w ocenie odwołującego zamawiający dokonał odtajnienia zawartych w wyjaśnieniach ceny informacji prawidłowo zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wyjaśnił, że jest uczestnikiem postępowania, jego oferta została prawidłowo złożona i nie zawiera błędów (w tym nie zawiera rażąco niskiej ceny), a tym samym istnieje możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, zdaniem odwołującego, miało istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy równolegle upatrywać interes we wniesieniu odwołania, ponieważ wpływa to na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu, a uchybienia mogą zostać naprawione przez nakazanie zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Pzp, przy uwzględnieniu zarzutów odwołania.

W zakresie pierwszego zarzutu odwołujący w pierwszej kolejności przytoczył treść wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r., które zostało skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a Pzp. W ocenie odwołującego z tego wezwania wynikało, że chociaż odnosiło się ono do wielu elementów cenowych oferty, w zakresie sposobu przedstawienia wyjaśnień to miało charakter ogólny, a zamawiający nie wymagał od niego szczegółowego wyjaśnienia wskazanych w wezwaniu elementów cenowych oferty. Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie przedstawił wyjaśnienia z dnia 19 sierpnia 2020 r., w których opisał metodę obliczenia konkretnych elementów cenowych w sposób adekwatny do ogólnego wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. Zdaniem odwołującego pomimo złożenia wyjaśnień adekwatnych do stopnia wezwania o wyjaśnienia czyniących zadość wezwaniu zamawiającego, wraz z przedstawieniem dowodów, zamawiający niezasadnie uznał, że złożone wyjaśnienia jedynie potwierdziły, iż cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rażąco niską a ponadto są na tyle ogólne, że należy uznać, że w ogóle nie zostały złożone na wezwanie z dnia 11 sierpnia 2020 r. W związku z powyższym zamawiający bezpodstawnie odrzucił jego ofertę z postępowania w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wykonawcy z dnia 15 września 2020 r. Zamawiający dopuścił się przy tym szeregu uchybień o charakterze merytorycznym, jak również formalnym.

Odnosząc się do poszczególnych treści uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty z dnia 15 września 2020 r. poczynawszy od pkt 1 zawiadomienia, odwołujący podkreślił, że trudno oczekiwać, aby zakres przykładowych zamówień zrealizowanych przez odwołującego, a przedstawionych na wykazanie rynkowej wysokości cen za usługi podobne świadczone w przedmiotowym postępowaniu, był tożsamy jak w przypadku przedmiotowego postępowania. Fakt, że w pewnym zakresie zamówienia wskazane na wykazanie rynkowości zaoferowanych cen różnią się od przedmiotu zamówienia, o które ubiega się wykonawca jest czymś normalnym, co nie powinno dyskwalifikować przykładowo podanych zrealizowanych zamówień jako rzetelnej informacji potwierdzającej rynkowość oferowanych przez wykonawcę cen. Co istotne, większość zamówień przedstawionych na wykazanie rzetelności zaoferowanej ceny było realizowanych przy udziale tych samych lub podobnych stanowiskowo specjalistów. Mając przy tym na uwadze, że znaczącą część zamówienia będą realizowały osoby świadczące usługi intelektualne, wykazanie przez odwołującego stawek tych specjalistów przy realizacji podobnych zamówień powinno zostać uznane za istotny element wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. Tymczasem zamawiający uznał, że informacje dotyczące przykładowych, podobnych zamówień powinny dla swojej rzetelności dotyczyć zamówień tożsamy z przedmiotem zamówienia objętego postępowaniem, co należy uznać za wręcz niemożliwe.

W zakresie Ad 1. (Usługi utrzymania systemów informatycznych BeSTi@ i SJO BeSTi@) odwołujący wskazał, że niewykonywanie pewnych czynności w ramach projektu nie oznacza, że nie można odnosić cen zastosowanych przy realizacji ww. zamówienia do cen usług utrzymania systemu (która to czynność również stanowi przedmiot zamówienia w postępowaniu). Powyższe będzie miało odniesienie przede wszystkim do charakteru wykonywanych prac i ich zakresu (zakres dotyczył wszystkich JST i JO w Polsce i w zakresie planowania budżetu i pełnej sprawozdawczości; w stosunku do części przedmiotu zamówienia dotyczącej jednej JST (UMWM) oraz podległych jej WJO).

W zakresie Ad. 2 (Dostawa, montaż i uruchomienie sprzętu teleinformatycznego wraz z dostawą integracją i wdrożeniem oprogramowania „Front line” oraz „Back Office” w celu udostępnienia e-usług w ramach projektu „Lubuski e-Urząd II”) odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w wezwaniu z dnia 11 sierpnia 2020 r. nie wymagał dokładnego wyjaśnienia jaką funkcję zamawiający pełnił przy realizacji ww. zamówienia (wykonawcy czy podwykonawcy) oraz czego dokładnie dotyczyły przedmiotowe usługi, niemniej jednak poruszając tą kwestię niejako zobowiązał wykonawcę do wyjaśnienia, które jest następujące: Wykonawca występuje jako konsorcjum, co można potwierdzić zapoznając się z

dokumentami postępowania widniejącymi pod linkiem, który w uzasadnieniu wskazał zamawiający. Niezależnie od powyższego podanie informacji dotyczących ww. zamówienia miało na celu wykazanie sposobu kształtowania się cen przy realizacji usług podobnych do przedmiotu zamówienia w postępowaniu, w szczególności wartości stawek wynagrodzenia analogicznych specjalistów. Ta ostatnia kwestia została całkowicie zignorowana i nieuwzględniona przez zamawiającego. Ponadto, podnoszenie przez zamawiającego argumentu, że realizacja prac w ramach ww. zamówienia nastąpiła jedynie w obszarze modułu sprawozdawczości finansowej należy uznać za bezzasadne. Zamawiający bowiem jednocześnie potwierdza, że część prac (dla gminy Santok) była zgodna z przedmiotem ww. zamówienia (wdrożenie oprogramowania „Front linę” oraz „Back Office”), co już samo w sobie było wystarczające do porównania cen w powyższym postępowaniu względem cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, w ramach którego udzielono wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. Niestety zamawiający najprawdopodobniej nie zweryfikował dokładnie przedmiotu zamówienia, z którego jednoznacznie wynika, że postępowanie obejmuje wdrożenie również w UMWL w zakresie podobnym do przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że tą część zamówienia zrealizuje pełnomocnik konsorcjum.

W zakresie Ad. 3. (Dostawa sprzętu komputerowego, systemów dziedzinowych wraz z oprogramowaniem, wdrożeniem i szkoleniem dla Powiatu Lubąńskiego w ramach realizacji projektu pn.: „Dalszy rozwój e-usług w Powiatach Libańskim”) oraz Ad. 4. (Dostawa: infrastruktury sprzętowej i oprogramowania narzędziowego, platformy e-usług wraz z systemami zasilającymi oraz wykonanie szkoleń na rzecz Miasta Kostrzyn nad Odrą) odwołujący stwierdził, że sytuacja kształtowała się w sposób analogiczny jak w przypadku dwóch poprzednich przedstawionych zamówień tj. przedmiot zamówienia nie był tożsamy z przedmiotem zamówienia w toczącym się postępowaniu, natomiast pozwalał na weryfikację rynkowości cen częściowych, co w konsekwencji pozwalało na uznanie ceny całkowitej oferty odwołującego za cenę rynkową. Projekt, o którym mowa powyżej został zrealizowany. Protokół zakończenia został podpisany z datą 9 czerwca 2020 r. Informacja podana przez zamawiającego była nieprawdziwa, co jest kolejnym dowodem na to zamawiający zweryfikował wyjaśnienia wykonawcy w sposób niewłaściwy lub stronniczy.

W zakresie Ad. 5. (Dostawa sprzętu komputerowego oraz oprogramowania niezbędnego do realizacji e-Usług wraz z usługą wdrożenia i szkolenia w ramach realizowanego projektu: „Rozwój e-usług dla Gminy Brzeg Dolny) odwołujący wskazał, że po raz kolejny za absurdalne należy uznać porównanie przez zamawiającego informacji dotyczących przykładowych podobnych zamówień zrealizowanych przez odwołującego z przedmiotem zamówienia, na które toczy się postępowanie w sposób „1 do 1”, a w konsekwencji uznanie powołanych zamówień podobnych za nie pozwalające na porównanie cen z ceną usług zaoferowanych przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Trudno również zgodzić się z zamawiającym, aby *prezentowany przez Wykonawcę zakres merytoryczny realizowanego przez Wykonawcę zamówienia odbiegał od zakresu przedmiotu niniejszego zamówienia planowanego do udzielenia przez Zamawiającego skoro przedstawione doświadczenie częściowo pozwala na potwierdzenie rynkowości kosztów pracy specjalistów*. Powyższa argumentacja będzie miała również zastosowanie w zakresie fragmentu uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego Ad. 6. (Dostawa sprzętu komputerowego oraz oprogramowania niezbędnego do realizacji e-Usług wraz z usługą wdrożenia i szkolenia w ramach realizowanego projektu: „Podniesienie jakości obsługi mieszkańców Dębicy, poprzez wdrożenie innowacyjnych rozwiązań wpływających na poprawę efektywności i dostępności e-usług).

W odniesieniu do punktu 2 zawiadomienia odwołujący wskazał, że poza enumeratywnym wyszczególnieniem czynności objętych przedmiotowym zamówieniem, zamawiający nie sprecyzował dalszych wytycznych co do sposobu wyjaśnienia ww. elementów, zatem nie mógł wymagać od odwołującego przedstawienia wyjaśnień w sposób na tyle szczegółowy, na ile podkreślał w treści uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego. Skoro zamawiający miał dalsze wątpliwości co do treści pierwotnie złożonych wyjaśnień, miał on obowiązek wezwać odwołującego do dalszych, bardziej szczegółowych wyjaśnień ceny jego oferty. Podobnie w zakresie wymogu przedstawienia wyjaśnień co do planowanego zysku, kosztów pozostałych (mających marginalne znaczenie wobec wysokości wynagrodzeń specjalistów) oraz czasochłonności i zaangażowania poszczególnych członków zespołu, zamawiający poza samym zobowiązaniem do wyjaśnienia cen ww. elementów, nie wprowadził dalszych wytycznych co do treści i sposobu sformułowania wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający w treści uzasadnienia zawiadomienia zacytował fragment wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r., zgodnie z treścią którego: *wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny muszą wskazywać na obiektywne czynniki, m. in. zastosowane stawki robocze, składki kosztów ogólnych, szacowaną pracochłonność, koszty pracownicze, koszty licencji i oprogramowania, koszty dojazdów, koszty szkoleń, itp., tak aby możliwa była rzetelna i wiarygodna ocena złożonych wyjaśnień*. W odniesieniu do powyższego odwołujący wskazał, że wyjaśnienia z dnia 19 sierpnia 2020 r. odnosiły się do wszystkich ww. kwestii cenowych w sposób adekwatny do treści wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r., zatem czyniły zadość obowiązkowi wykazania przez odwołującego rynkowego poziomu zaoferowanej ceny całkowitej oferty. Zamawiający nie wskazał, które konkretnie elementy cenowe wyjaśnień świadczą o tym, że cena oferty odwołującego jest rażąco niska, podczas gdy zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji miał obowiązek takie elementy wskazać. Ponadto, odwołujący wskazał, że już sam zacytowany przez zamawiającego fragment wyjaśnień ceny z dnia 19 sierpnia 2020 r. (na str. 9 uzasadnienia zawiadomienia) o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, spełniającymi wymagania wskazane w pkt. XI 3.2.2.2 SIWZ, oraz przedstawienie przez odwołującego raportów płacowych (załączników do wyjaśnień ceny) czyni zadość obowiązkowi wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. w zakresie pkt 19 wezwania. Odwołujący podkreślił, że w przypadku zamówień na usługi oparte na pracy intelektualnej, znacząca część wynagrodzenia stanowią koszty wynagrodzenia osób realizujących na rzecz wykonawcy czynności stanowiące przedmiot zamówienia. Jest to o tyle istotna kwestia, że wynegocjowanie odpowiednich wynagrodzeń z osobami świadczącymi powyższe usługi będzie decydowało o ostatecznej cenie oferty złożonej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1358/19) doszła do wniosku, że wartość wynagrodzenia za realizację usług opartych na pracy intelektualnej nie musi stanowić miarodajnej podstawy do stwierdzenia, że cena całkowita oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W treści powyższego wyroku Izba odniosła się do kwestii wyceny usług intelektualnych, zwanych również „usługami miękkimi”: *w przypadku których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi, uwzględniając ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję rynkową. Przy tym koszty materiałów, koszty stałe oraz koszty zewnętrzne dla świadczącego takiego rodzaju usługi mają marginalne znaczenie wobec całej wartości zamówienia*. Izba w pierwszej kolejności zaznaczyła, że w przypadku kalkulacji ceny za usługi miękkie wykonawca bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób realizujących ww. usługi, które mogą być znacząco zróżnicowane dla poszczególnych wykonawców ze względu na specyfikę takich

kosztów. Jak KIO wskazała w treści uzasadnienia: *Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny „zweryfikować” i poddać analizie - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę, który to aspekt nie stanowi jednak podstawy sporu pomiędzy Stronami. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle, na ile wycenia ją osoba je świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca, która ma świadczyć – ustawodawca zaś w tym zakresie, poza jej minimalną wartością, nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów.*

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia doszedł również do niezasadnego wniosku, że wydruki dotyczące raportów płacowych załączone do wyjaśnień ceny z dnia 19 sierpnia 2020 r. nie mogą zostać uznane za wiarygodne dowody, nie wskazując jednocześnie przyczyny, z powodu której nie można powyższych wydruków uznać za wiarygodny dowód. Ponadto, za absurdalne należy uznać twierdzenie zamawiającego, że powyższe wydruki nie mogą stanowić dowodu w ramach przedmiotowych wyjaśnień ponieważ ich wykorzystywanie w celach komercyjnych (np. doradztwo, granty, ustalanie wynagrodzeń w firmie) wymaga zakupu raportu premium dla wybranego stanowiska. Z aplikacji można również korzystać po wykupieniu dostępu do strefy premium portalu wynagrodzenia.pl bądź uzyskaniu pisemnej zgody Sedlak & Sedlak. Odwołujący wskazał, że Pzp nie wskazuje definicji co stanowi dowód przedstawiony w celu wykazania, że cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska, przez co może to być każda informacja mogąca potwierdzić wyjaśniane przez odwołującego elementy (nie ma przy tym znaczenia zastrzeżenie poczynione na stronie internetowej stanowiącej źródło informacji).

Odwołujący podkreślił, że skoro zamawiający oczekiwał szczegółowej kalkulacji (jeszcze bardziej szczegółowej niż podanej przez odwołującego w treści wyjaśnień) powinien wyspecyfikować swoje oczekiwania w treści samego wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. Tymczasem treść wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. była w powyższym zakresie sformułowana w sposób na tyle lakoniczny (co do sposobu przedstawienia wyjaśnień konkretnych elementów), przez co również treść wyjaśnień ceny z 19 sierpnia 2020 r. była adekwatna do przedstawionego przez zamawiającego wezwania. Zamawiający niezasadnie również podnosi, że *Wskazany przez Wykonawcę średni koszt 1 osobogodziny w ocenie Zamawiającego jest stanowczo za niski w stosunku do zakresu zamówienia i nie jest on kosztem rynkowym*, podczas gdy jak już wynikało z przytoczonego uprzednio orzeczenia KIO z dnia 31 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1358/19) usługi IT stanowią usługi intelektualne, a ich wartość zależy przede wszystkim od decyzji świadczącego takie usługi. Zgodnie z wymaganiami SIWZ - sekcja lii.1.3) SIWZ Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe, zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował „Kierownik Projektu - co najmniej 1 (jedna) osoba, posiadająca doświadczenie w zakresie kierowania co najmniej dwoma projektami polegającymi na wdrożeniu systemów informatycznych do obsługi co najmniej obszaru finansowo - księgowego dla jednostki sektora finansów publicznych”. Także argumentacja i dowody zamawiającego, jakoby oczekiwał Kierownika Projektu IT nie pokrywa się z rzeczywistością. Wobec zacytowanego fragmentu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 633/18 należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu odwołanie zostało ostatecznie oddalone przez Izbę, co wskazywało na zasadność wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia dalszych wyjaśnień ceny i uznania powyższych wyjaśnień za uzasadniające rynkowy poziom zaoferowanej ceny (tymczasem w odróżnieniu od powyższego, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaniechał dalszego wezwania odwołującego do wyjaśnień ceny jego oferty mimo, że było to w pełni zasadne). Za bezzasadne odwołujący uznał twierdzenie zamawiającego, aby cytat przedstawiony w wyjaśnieniach z dnia 19 sierpnia 2020 r. nie pochodził z wyroku o sygn. akt: KIO 2573/15 przez co był nieprawdziwy. Odwołujący wskazał, że doszło do błędnego oznaczenia sygnatury cytowanego wyroku (zamiast sygn. akt: KIO 2573/17, podano sygnaturę akt: KIO 2573/15). Podkreślił przy tym, że skoro zamawiający pofatygował się, aby przeanalizować zgodność sygnatur orzeczeń powołanych w wyjaśnieniach z 19 sierpnia 2020 r. z zacytowanymi fragmentami wyroków, powinien również sprawdzić czy w przypadku niezgodności zacytowane fragmenty nie pochodzą z innych orzeczeń. Powyższe jedynie wskazuje na subiektywne podejście zamawiającego do oceny treści wyjaśnień ceny z dnia 19 sierpnia 2020 r. przedstawionych przez odwołującego.

W zakresie punktu 3 uzasadnienia zawiadomienia odwołujący wskazał, że zamawiający nie podał w wezwaniu jakich informacji oczekiwał by utwierdzić się w przekonaniu, że wykonawca dotrzyma wszelkich obowiązkowych terminów. Z drugiej strony jeśli żądano by od wykonawcy uszczegółowienia harmonogramu lub przedłożenia planu prac to byłoby to wymaganie, które innych potencjalnych wykonawców stawiałoby na uprzywilejowanej pozycji (nie muszą takich informacji podawać na tym etapie postępowania) i wymagałoby znacznie więcej od wykonawcy niż zamawiający wymagał na etapie składania ofert. Zamawiający nie określił w wezwaniu jakich informacji oczekuje by utwierdzić się w przekonaniu, że wykonawca dotrzyma wszelkich zobowiązań określonych w SOPZ. Wykonawca podał wszystko to co wymagał zamawiający. Odwołujący nie rozumiał dlaczego zamawiający na wyjaśnienia wykonawcy dot. spełniania wymagań funkcjonalnych odpowiada stwierdzeniem *Znamiennym jest fakt, iż wskazane przez Wykonawcę przykłady nie odnoszą się konkretnie do systemu oferowanego przez Wykonawcę, a do hipotetycznej sytuacji bliżej nieokreślonego systemu, oferowanego przez bliżej nieokreślonego Wykonawcę* skoro wykonawca zacytował wymagania na system z załącznika nr 1 do SOPZ a zamawiający skomentował je jako funkcjonalność bliżej nieokreślonego systemu. Na marginesie odwołujący zaznaczył, że zacytowany przez zamawiającego wyrok KIO z dnia 17 października 2017 r. (KIO 2084/17) nie będzie miał zastosowania w sprawie, ponieważ odnosi się do innego przedmiotowo rodzaju usług tj. usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego.

W odniesieniu do punktu 4 uzasadnienia zawiadomienia, odwołujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, wskazane przez niego czynniki dodatkowe wymienione w wyjaśnieniach z dnia 19 sierpnia 2020 r. (*jak specjalizacja Wykonawcy, lokalizacja czy brak podwykonawstwa*) również mają istotny wpływ na określanie cen w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie uzasadnił przy tym, z jakich przyczyn jego zdaniem ww. dodatkowe czynniki nie mają istotnego znaczenia. Podniesienie przez zamawiającego, że praca zdalna nie wyróżnia odwołującego na tle innych wykonawców nie można uznać za zasadne, ponieważ zgodnie z najlepszą wiedzą odwołującego nie wszyscy konkurencyjni wykonawcy pozwalają swoim specjalistom na realizację zamówienia w trybie zdalnym. Co do kosztów pracy odwołujący powtórzył, że wyjaśnienia z dnia 19 sierpnia 2020 r. są adekwatne do treści Wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. (zamawiający nie wskazał wytycznych co do sposobu przedstawienia powyższego elementu cenowego, a ponadto, nie zobowiązał odwołującego do podawania tak szczegółowych informacji, jak zamawiający sugeruje w uzasadnieniu zawiadomienia). Odwołujący ponownie wskazał, że skoro zamawiający powziął dalsze wątpliwości co do treści wyjaśnień powinien wezwać odwołującego do dalszych wyjaśnień. Ponadto, za niezrozumiałe należy uznać podnoszenie przez zamawiającego, że *stwierdzenie, iż „usługa intelektualna jest warta tyle, na ile wycenia ją osoba świadcząca takie usługi” jest sprzeczne z obowiązkiem wynikającym z art. 90 ust 1 pkt 1 ustawy*. Tymczasem

powyższemu twierdzeniu zaprzecza cytowany już uprzednio wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2019 r. (sygn. akt KIO 1358/19). Za absurdalne – w ocenie odwołującego – należy również uznać twierdzenie zamawiającego, że punktem odniesienia cenowego nie mogą być ceny podobnych usług uprzednio świadczonych na rzecz zamawiającego przez odwołującego, podczas gdy nawet mimo pewnych odmienności w grupie użytkowników, czy pewnych elementów zakresu zamówienia wbrew twierdzeniom zamawiającego oba zamówienia (zarówno poprzednie na rzecz zamawiającego i obecne – na które toczy się przedmiotowe postępowanie) mogą być zrealizowane przez niemal tę samą grupę specjalistów. Powyższe jedynie potwierdza subiektywne podejście zamawiającego do oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień. Skoro punktem odniesienia cenowego nie mogą być ceny podobnych usług to nie ma też zasadności w próbie szacowania przez zamawiającego budżetu niniejszego zamówienia na podstawie analogii do postępowania dla gminy Olsztyn. W ocenie odwołującego, zamawiający w konsekwencji bezzasadnie stwierdził, iż w przedmiotowym przypadku nastąpiło wypełnienie dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp, gdyż po pierwsze złożone przez odwołującego wyjaśnienia rzekomo nie potwierdzają, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto, odwołujący rzekomo nie złożył wyjaśnień oraz dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dalej zamawiający wskazał, że użyte w art. 90 ust. 3 ustawy sformułowanie „odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień” oznacza również sytuację, gdy wykonawca składa wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Zamawiający nie zauważył przy tym, że jak już wielokrotnie powtarzał odwołujący w treści odwołania, że wyjaśnienia ceny z 19 sierpnia 2020 r. były adekwatne do treści wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r., przez co odwołujący uczynił zadość wezwaniu. W konsekwencji doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 Pzp. Na marginesie odwołujący wskazał, że istnieje również podstawa do podważenia zacytowanych przez zamawiającego wyroków (brak odniesienia do przedmiotowego stanu faktycznego):

- z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 416/17 – zamówienie dotyczyło przebudowy infrastruktury kolejowej;
- z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 547/15 – zamówienie dotyczyło usług przewozu zwłok la prokuratur okręgu Świętokrzyskiego;
- z dnia 21 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1984/19 – zacytowany fragment uzasadnienia w ogóle nie pochodzi ze wskazanego przez zamawiającego wyroku (powyższe podkreśla subiektywne podejście zamawiającego, który szczegółowo zweryfikował zgodność sygnatur z cytowanymi przez odwołującego fragmentami orzeczenia, nie czynią podobnie w zakresie cytowanych przez siebie fragmentów wyroków KIO);
- z dnia 8 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1834/19 – zamówienie dotyczyło dostosowania obwodnicy terenu technicznego do instrukcji o ochronie obiektów Wojskowych,
- z dnia 19 kwietnia 2019 r., sygn. akt: KIO 619/19 – zamówienie dotyczyło całorocznego utrzymania porządku na obszarach utwardzonych oraz całorocznego utrzymania i pielęgnacji terenów zieleni przy budynkach będących w zarządzie Kancelarii Sejmu.

Zdaniem odwołującego ocena jego wyjaśnień została dokonana przez zamawiającego wadliwie, w sposób nieprzejrzysty. Z uzasadnienia zawiadomienia o czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 15 września 2020 r. wynika, że wyjaśnienia ceny z dnia 19 sierpnia 2020 r. zostały ocenione w sposób błędny i subiektywny. Ocena rażąco niskiej ceny jest czynnością w dużej mierze subiektywną w związku z czym zamawiający powinien podjąć wszelkie środki w celu zobiektywizowania dokonywanej oceny. Przede wszystkim powinien on dokonać badania oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności sprawy, właściwości wykonawców oraz charakteru zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w konsekwencji dokonania błędnej i nieprzejrzystej oceny wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. w zakresie ceny jego oferty doszło do naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający wobec błędnej oceny wyjaśnień uznał, że odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę poniżej kosztów jakie będzie musiał ponieść, aby wykonać zamówienie. W konsekwencji zamawiający błędnie uznał, że oferta odwołującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako zawierająca rażąco niską cenę. Tymczasem, jak już podkreślał odwołujący, uczynił on zadość wezwaniu zamawiającego, a błędna ocena wyjaśnień wynikała z ogólnej treści wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r., dokonania wybiórczej i błędnej oceny poszczególnych elementów wyjaśnień oraz zaniechania dalszych wyjaśnień, mimo wystąpienia wątpliwości. Poprawna ocena wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. powinna bowiem prowadzić do wniosku, że cena przedstawiona przez odwołującego stanowi cenę rynkową i pozwala na realizację zamówienia przy uwzględnieniu wszelkich wynikających z tego tytułu kosztów oraz osiągnięcia zysku na odpowiednim poziomie. Ponieważ zamawiający dopuścił się licznych błędów formalnych i merytorycznych przy dokonywaniu oceny ceny oferty odwołującego, w konsekwencji błędnie uznał, że oferta odwołującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Należy przy tym podkreślić, że treść uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego z dnia 15 września 2020 r. (niezależnie od jego długości) jest bardzo ogólnikowa i brak jest w niej jakichkolwiek konkretnych argumentów w aspekcie występowania w ofercie odwołującego ceny rażąco niskiej. Zamawiający nie tylko szczątkowo, ale i mało konkretnie odniósł się do wyjaśnień i dowodów złożonych przez odwołującego. Zaoferowana cena nie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego. W utrwalonej linii orzeczniczej KIO mianem „rażąco niskiej ceny” określa się bowiem cenę niewiarygodną nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. W przedmiotowej sprawie, omawianej ceny w żadnym razie nie można uznać za rażąco niską. Zaoferowane ceny są cenami realnymi, zapewniającymi wykonanie zamówienia na najwyższym możliwym poziomie, a jednocześnie gwarantującymi odwołującemu zysk, a tymczasem za cenę rażąco niską uznać można jedynie ceną nierealistyczną poniżej rzeczywistych kosztów wykonania.

W związku z powyższym odwołujący zreasumował, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w związku z uznaniem, że złożone przez niego wyjaśnienia ceny oferty nie potwierdziły, iż nie była ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy wyjaśnienia w zakresie ceny oferty były dostosowane szczegółowością do treści wezwania do złożenia wyjaśnień oraz potwierdzały, że cena oferty odwołującego ma charakter rynkowy i umożliwia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący stwierdził, że jak wskazał na wstępie poprzedniego zarzutu, wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2020 r. zostało sformułowane w sposób bardzo ogólny, polegający na przytoczeniu fragmentu art. 90 ust. 1 Pzp oraz powołaniu się na czynności stanowiące przedmiot zamówienia. Powyższe wskazuje, że zamawiający nie postawił żadnych szczegółowych oczekiwań co do treści przedstawianych wyjaśnień, nie oczekując przy tym również szczególnego sposobu wyjaśnienia określonych elementów cenowych. W związku z powyższym dokonana przez zamawiającego ocena złożonych przez niego wyjaśnień jest wadliwa. Zamawiający całkowicie pominął, że sformułowane przez niego wezwanie było bardzo ogólne, nawet mimo wskazania pewnych elementów cenowych podlegających wyjaśnieniu. Oznacza to, że zamawiający

dokonał oceny wyjaśnień odwołującego bez uwzględnienia poziomu szczegółowości sporządzonego przez siebie wezwania do złożenia wyjaśnień. Mając na uwadze, że wyjaśnienia ceny na podstawie art. 90 Pzp stanowią instytucję wysoce oceną, zamawiający w celu uniknięcia zarzutu dokonania subiektywnej oceny wyjaśnień powinien sformułować wezwanie na tyle precyzyjnie, aby przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia rozwiewały wszelkie wątpliwości co do sposobu obliczenia ceny oferty oraz potwierdzenia jej rynkowego poziomu. Względnie zamawiający winien wezwać wykonawcę o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień w celu przedstawienia bardziej szczegółowych wyjaśnień i rozstrzygnięcia ewentualnych wątpliwości. Zamawiający nie może zatem wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty. Zdaniem odwołującego, zamawiający w okolicznościach sprawy dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp ponieważ nie sprecyzował oczekiwań i wymagań co do treści przedstawionych przez odwołującego wyjaśnień, a jednocześnie mimo powstałych jego zdaniem wątpliwości, nie zobowiązał odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, co wskazuje, że dokonał w tym zakresie subiektywnej oceny ww. wyjaśnień. Jednocześnie zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców w trakcie badania i oceny ofert.

Co do zarzutu ewentualnego naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień o charakterze ogólnym, skutkiem czego, zamawiający następnie doszedł do (błédnego zdaniem odwołującego) wniosku, że złożone wyjaśnienia były na tyle ogólne, że należy uznać jakby w ogóle nie zostały złożone, co zdaniem zamawiającego skutkowało koniecznością uznania ceny oferty odwołującego za cenę rażąco niską. Odwołujący w pierwszej kolejności podkreślił, że uznanie jego oferty za zawierającą cenę rażąco niską wynika jedynie z błédnej i wybiórczej oceny jego wyjaśnień przez zamawiającego, nieadekwatnej do treści wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. Niemniej jednak wobec rzeczywistego powstania dalszych wątpliwości związanych z treścią udzielonych wyjaśnień, zamawiający był przede wszystkim zobowiązany do wezwania odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień, w celu rozwiania ewentualnych okoliczności. Powyższe było tym bardziej zasadne ze względu na ogólny charakter wezwania z dnia 11 sierpnia 2020 r. W ocenie odwołującego, zamawiający miał wątpliwości co do złożonych wyjaśnień, natomiast nie było tak, że potwierdziły one rażąco niską cenę. W takiej sytuacji zamawiający, przed odrzuceniem oferty, powinien był wezwać odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, a tym samym umożliwić mu odniesienie się do wszelkich wątpliwości zamawiającego. Gdyby zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wykonawcy, to odwołujący udzieliłby dodatkowych wyjaśnień, gdzie ostatecznie wyeliminowałby wszelkie wątpliwości zamawiającego w zakresie rynkowego charakteru zaoferowanej ceny oraz możliwości prawidłowej realizacji zamówienia za tą cenę. W takiej sytuacji nie doszłoby do odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę. W związku z powyższym zamawiający dopuścił się ewentualnego naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 i 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przez odrzuceniem jego oferty, mimo istnienia wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w dniu 15 września 2020 r. poinformował odwołującego o odtajnieniu części wyjaśnień ceny z dnia 19 sierpnia 2020 r. prawidłowo zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający podnosił, że ze struktury skonstruowania pisma wykonawcy wynika, iż tajemnicą przedsiębiorstwa objęta została praktycznie cała treść wyjaśnień, tj. od strony 3 aż do strony 14 wyjaśnień włącznie. Tymczasem zamawiający niezasadnie wskazuje w dalszej części uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy sprzeczność, z której rzekomo wynika, iż tajemnicą przedsiębiorstwa objęta została jedynie szczegółowa kalkulacja ceny oraz wypełnione tabele z wymaganiami, stanowiące załącznik nr 1 do SOPZ, na potrzeby kryterium oceny ofert (K2).

Odwołujący wyjaśnił, że jak wskazuje przepis art. 8 ust. 3 Pzp 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 udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte w art. 8 ust. 3 Pzp postanowienie umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji niepodlegających udostępnieniu. Ponadto jak wynika z art. 11 ust. 2 Uznk przez 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. Aby informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą;

- informacje 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;

- podjęto co do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zdaniem odwołującego bliższa analiza wskazanych powyżej elementów uprawniała do twierdzenia, że w zasadzie wszystkie powyższe przesłanki da się sprowadzić do jednego wspólnego mianownika, tj. poufności. Jeżeli bowiem charakter informacji stanowi dla przedsiębiorcy określoną wartość gospodarczą w związku z czym wykonawca ten, przy zachowaniu należytej staranności, podejmuje działania w celu jej zabezpieczenia, to dana informacja niewątpliwie jest poufna. Każda osoba zwykle zajmująca się tym rodzajem informacji nie może też mieć do niej dostępu lub nie może takiego dostępu łatwo uzyskać. Informację można zatem uznać za chronioną na podstawie przepisów Uznk wówczas, jeśli jest ona poufna. Jest to warunek konieczny dla skutecznego zastrzeżenia jej na podstawie art. 11 ust. 2 Uznk.

Wobec powyższego odwołujący stwierdził, iż na gruncie obecnie obowiązującego art. 11 Uznk ochronie podlega każda informacja bez względu na jej charakter, zaś w szczególności dotyczy to informacji handlowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych. Taką tezę potwierdza również uzasadnienie noweli ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 5 lipca 2002 roku, w którym czytamy, że: *W przepisach tych rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową*. Mianowicie ochroną tą objęto wszelkie informacje, mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca uznał za poufne i zastosował wobec nich

odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy. Obecnie ochronie podlega więc m.in. informacja technologiczna {np. sposoby produkcji, system sprawdzania jakości}, informacja techniczna (np. projekty nieopatentowanych rozwiązań technicznych, modele rozwiązań technicznych, dane techniczne), informacja handlowa {np. korespondencja z kontrahentami dotycząca umów, listy dostawców, klientów, podwykonawców} informacja organizacyjna (np. zasady organizacji i zarządzania, procedury wewnętrzne, prognozy sprzedaży, system dystrybucji, wynagrodzenia wypłacane pracownikom). Należy więc stwierdzić, iż pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” obejmuje szeroki katalog informacji o różnicowanym charakterze.

Odwolujący wskazał, że przedmiotowe wyjaśnienia mają dla odwołującego charakter gospodarczo-handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa. Zawierają one szczegółowe informacje na temat stosowanej przez odwołującego polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej jej przedsiębiorstwa. Dodatkowo, pokazują w jaki sposób odwołujący organizuje pracę przedsiębiorstwa i jaki model stosuje. Na podstawie tych informacji inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale odwołującego, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy jak i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzą o pozycji rynkowej danego podmiotu. Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez wiele lat funkcjonowania odwołującego na rynku IT.

Odnosząc się do drugiej spośród przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk odwołujący wskazał, że wynikają z niej następujące wnioski:

- ocenie czy mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa podlega informacja jako całość jak i zbiór poszczególnych informacji, gdyż właśnie szczególne, konkretne ich zestawienie i wzajemne powiązania mogą ujawniać potencjał wykonawcy i mieć realną wartość gospodarczą;

- informacja nie może być powszechnie znana lub łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

Odwolujący stwierdził, że zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty i oświadczenia nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, w tym w szczególności nie były publicznie ujawniane jako zespół (komplet) informacji, w kształcie i treści tożsamej z przedstawioną w ofercie. Inaczej mówiąc, w takim kształcie nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Podkreślił przy tym, że w wyjaśnienia z dnia 19 sierpnia 2020 r. wykazał, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjęto niezbędne działania w zakresie zachowania ich poufności.

W związku z powyższym w ocenie odwołującego w okolicznościach sprawy ziściły się wszystkie przesłanki niezbędne do zastrzeżenia części wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego. Zamawiający informując o odtajnieniu powyższych informacji dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca REKORD SI Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej.

Odwolujący w dniu 16 października 2020 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe uzupełniające uzasadnienie zarzutów odwołania z dnia 25 września 2020 r. Do pisma załączył także dowody.

Zamawiający w dniu 19 października 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił uzasadnienie dla tego wniosku. Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający załączył dowody oraz pismo procesowe stanowiące odpowiedź na pismo procesowe odwołującego z dnia 16 października 2020 r. zawierające uzupełniające uzasadnienie zarzutów odwołania z dnia 25 września 2020 r.

Wykonawca REKORD SI Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 października 2020 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania oraz podał argumentację w tym zakresie. Do pisma procesowego ww. wykonawca załączył dowody.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszone przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego spełniało wymogi wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. W związku z tym Izba dopuściła jako uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcę REKORD SI Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku-Białej (zwanego dalej „przystępującym”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na nośniku typu pendrive, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 5 października 2020 r., w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;

- pisma z dnia 11 sierpnia 2020 r. stanowiącego wezwanie skierowane przez zamawiającego do odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp;

- pisma z dnia 19 sierpnia 2020 r. stanowiącego odpowiedź odwołującego na wezwanie zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2020 r. wraz z załącznikami;

- zawiadomienia z dnia 15 września 2020 r. o odrzuceniu oferty odwołującego;

- zawiadomienia z dnia 15 września 2020 r. o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez odwołującego;

2) załączonych do pisma procesowego odwołującego z dnia 16 października 2020 r.:

- wyciągu z dokumentacji postępowania pn. *Usługi utrzymania systemów informatycznych BeSTi@ i SJO BeSTi@*;
- wyniku postępowania pn. *Dostawa, montaż i uruchomienie sprzętu teleinformatycznego wraz z dostawą, integracją i wdrożeniem oprogramowania „Front line” oraz „Back office” w celu udostępnienia e-usług w ramach projektu „Lubuski e-Urząd II”*;
- wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum w postępowaniu pn. jw.;
- umowy konsorcjum w postępowaniu pn. jw.;
- wyciągu z dokumentacji postępowania pn. jw.;
- wyciągu z dokumentacji postępowania pn. *Dostawa sprzętu komputerowego, systemów dziedzinowych wraz z oprogramowaniem, wdrożeniem i szkoleniem dla Powiatu Lubańskiego w ramach realizacji projektu pn.: „Dalszy rozwój e-usług w Powiatach Lubańskim”*;
- wyciągu z dokumentacji postępowania pn. *Dostawa: infrastruktury sprzętowej i oprogramowania narzędziowego, platformy e-usług wraz z systemami zasilającymi oraz szkoleń w ramach projektu „Wdrożenie i rozwój e-usług w administracji samorządowej oraz podnoszenie bezpieczeństwa teleinformatycznego*;
- protokołu zakończenia wdrożenia dotyczący postępowania pn. jw.
- wyciągu z dokumentacji postępowania pn. *Dostawa sprzętu komputerowego oraz oprogramowania niezbędnego do realizacji e-Usług wraz z usługą wdrożenia i szkolenia w ramach realizowanego projektu: „Rozwój e-usług dla Gminy Brzeg Dolny*,
- wyciągu z dokumentacji postępowania pn. *Dostawa sprzętu komputerowego oraz oprogramowania niezbędnego do realizacji e-Usług wraz z usługą wdrożenia i szkolenia w ramach realizowanego projektu: „Podniesienie jakości obsługi mieszkańców Dębicy, poprzez wdrożenie innowacyjnych rozwiązań wpływających na poprawę efektywności i dostępności e-usług”*;
- dokumentacji postępowania pn. *Zakup i wdrożenie systemu finansowo-księgowego w Gminie Olsztyn*;
- dokumentacji postępowania pn. jw. – wykaz Jednostek organizacyjnych;
- dokumentacji postępowania pn. jw. – wzór umowy;
- załącznika nr 11 do umowy realizacji zamówienia udzielonego w ramach postępowania pn. *Zakup i wdrożenie systemu finansowo-księgowego w Gminie Olsztyn*,
- dwóch wykazów jednostek;
- 3) załączonych do odpowiedzi na odwołanie odpowiedzi udzielanych w grudniu 2019 r. oraz w kwietniu 2020 r. przez MADKOMS.A. w ramach szacowania wartości zamówienia w postępowaniu;
- 4) załączonej do pisma zamawiającego z dnia 19 października 2020 r. listy jednostek objętych zamówieniem na etapie szacowania przeprowadzonego w kwietniu 2020 r.;
- 5) załączonych do pisma procesowego przystępującego:
 - ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 22 sierpnia 2019 r., 2019/S 161-396701;
 - ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 24 maja 2019 r., 2019/S 100-242620;
 - ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 18 czerwca 2020 r., 2020/S 117-284498;
 - ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 3 czerwca 2020 r., 2020/S 106-257323;
 - umowy opieki autorskiej nad oprogramowaniem Nowoczesny Urząd nr ON.1330.1.2018.WB z dnia 2 stycznia 2018 r.;
 - ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 26 marca 2019 r., 2019/S 060-139579;
 - ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 23 marca 2017 r., 2017/S 058-108159;
 - listu referencyjnego wystawiony przez Gminę Miejską Bolesławiec z dnia 31 października 2018 r.;
 - aneksu nr 2 do umowy nr 171.RIP.2017 z dnia 15 grudnia 2017 r., zawartego w dniu 13 lipca 2018 r.;
- 6) złożonych na rozprawie przez odwołującego:
 - wydruku komunikatu z platformy zakupowej odnośnie zamówienia realizowanego na rzecz Województwa Pomorskiego;
 - zestawienia stanowiącego porównanie zamówień o podobnym zakresie i złożoności, które dotyczy przedmiotowego zamówienia oraz zamówienia na rzecz Województwa Pomorskiego;
 - zestawienia ofert w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Pomorskie;
 - zawiadomienia o wyborze oferty 1 października 2019 r. w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Pomorskie;
 - wyciągu z SIWZ postępowania prowadzonego przez Województwo Pomorskie;
 - aneksu nr 1 do umowy Konsorcjum dnia 11 lutego 2020 r. pomiędzy Sputnik Software Sp. z o.o. oraz Zeto Projekt Sp. z o.o. dotyczącej realizacji zamówienia na rzecz Województwa Lubuskiego wraz z potwierdzonym notarialnie pełnomocnictwem pełnomocnika Sputnik Software Sp. z o.o.;
 - opinii biegłego rewidenta z dnia 19 sierpnia 2020 r. dotyczącej stosowania art. 33 ustawy o rachunkowości w zakresie możliwości zaliczenia kosztów wytworzenia wartości niematerialnych do rozliczenia kosztów działalności spółki.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 oraz 1a Pzp do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W wezwaniu zamawiający wskazał, że *W związku z faktem, iż całkowita cena za wykonanie zamówienia zaproponowana przez Państwa w formularzu ofertowym, tj. 4 479 652,62 zł brutto, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 66,07% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a jednocześnie jest niższa o 71,94% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.*

Ponadto zamawiający zwrócił w wezwaniu m. in. na następujące okoliczności:

Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny muszą wskazywać na obiektywne czynniki, m. in. zastosowane stawki robocze, składki kosztów ogólnych, szacowaną pracochłonność, koszty pracownicze, koszty licencji i oprogramowania, koszty dojazdów, koszty szkoleń, itp., tak aby możliwa była rzetelna i wiarygodna ocena złożonych wyjaśnień. Wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania niskiej ceny, w tym do przekazania informacji dotyczącej kosztów (w tym kosztów pracy), zastosowanej marży i osiąganego zysku oraz wykazania stanu faktycznego.

Jednocześnie w związku z faktem, iż w formularzu ofertowym podali Państwo cenę 1 godziny pracy specjalisty za świadczenie Usług Rozwoju: brutto 184,50 zł, kwota brutto Państwa oferty w zakresie samych Usług Rozwoju opiewa na

kwotę 738 000,00 zł brutto.

Z czystej kalkulacji matematycznej wynika, iż na pozostały zakres usług realizowanych w ramach zamówienia przeznaczenie Państwo kwotę 3 741 652,62 zł brutto.

Ponadto, Zamawiający, analizując załączone do Państwa oferty wypełnione tabele z wymaganiami na potrzeby kryterium oceny ofert (K2), stwierdził, iż wskazali Państwo, że większość tj. 1570 wymagań oferowany system będzie dopiero posiadał (tabela poniżej), Zamawiający zwraca się z prośbą o uwzględnienie w wyjaśnieniach również kosztów wytworzenia tego oprogramowania.

Odwolujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył wyjaśnienia pismem z dnia 19 sierpnia 2020 r. Wyjaśnienia od strony 3 do strony 14 zostały zastrzeżone przez odwołującego jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa (przy czym uzasadnienie tego zastrzeżenia zostało zawarte na stronie 2 wyjaśnień). Do wyjaśnień zostały załączone następujące dowody:

- kopia umowy NDA zawartej pomiędzy pełnomocnikiem konsorcjum a członkiem konsorcjum, na okoliczność prawidłowego zastrzeżenia tych informacji jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa;
- cztery wydruki stanowiące raporty placowe dla stanowisk, których zapewnienia przez okres realizacji umowy wymaga zamawiający.

Zamawiający zawiadomieniem z dnia 15 września 2020 r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. W zawiadomieniu podał uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności.

Oddzielnym zawiadomieniem z dnia 15 września 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu jego wyjaśnień z wyłączeniem kalkulacji kosztów zawartych w tabeli na stronach od 7 do 9 oraz szczegółowych informacji dotyczących zadeklarowanych przez odwołującego funkcjonalności w załączniku Wypełnione tabele z wymaganiami, stanowiące załącznik nr 1 do SOPZ, na potrzeby kryterium oceny ofert (K2). W zawiadomieniu podał uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 90 ust. 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*

- art. 90 ust. 1 Pzp – *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:*

1) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177);*

2) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*

3) *wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*

4) *wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*

5) *powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy;*

- art. 8 ust. 3 Pzp – *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 udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu;*

- art. 11 ust. 2 Uznk – *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Co do meritum zarzuty odwołania można było podzielić na dwie grupy. Pierwsza grupa zarzutów odnosiła się do czynności odrzucenia oferty odwołującego, a druga grupa do odtajnienia przez zamawiającego części informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba poniżej odniosła się do postawionych w odwołaniu zarzutów w kolejności wynikającej z konstrukcji odwołania tj. w pierwszej kolejności do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty odwołującego, w tym także do zarzutu ewentualnego, a następnie do zarzutu dotyczącego odtajnienia zastrzeżonych przez odwołującego informacji.

Przechodząc do uzasadnienia dotyczącego pierwszej grupy zarzutów skład orzekający na wstępie wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów na ich potwierdzenie w zakresie ceny oferty, ponieważ cena zaoferowana przez odwołującego wydała się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a jednocześnie była niższa o ponad 30%

od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług (nawet jeśli przyjąć samą szacunkową wartość zamówienia „podstawowego”). Na marginesie Izba doszła do przekonania, że wątpliwości zamawiającego co do realności ceny z oferty odwołującego były uzasadnione, także przez okoliczności jakie miały miejsce podczas szacowania wartości zamówienia w postępowaniu. Otóż zamawiający dokonał sposobu ustalenia szacunkowej wartości zamówienia przez uwzględnienie uzyskanych odpowiedzi, otrzymanych od potencjalnych wykonawców w związku z wysłanymi do nich zapytaniami cenowymi i takiego rozeznania dokonał trzykrotnie w listopadzie i grudniu 2019 r. oraz w kwietniu 2020 r. Jak wynika z dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie członek konsorcjum odwołującego tj. MADKOM S.A. dwukrotnie przekazywał swoje odpowiedzi w ramach prowadzonych rozeznania i zaproponowane przez niego wtedy informacje w zakresie potencjalnej ceny przekraczały 16 mln zł netto, co oznacza, że były ponad trzykrotnie wyższe od ceny oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego.

Izba podkreśla, iż konsekwencją wezwania wystosowanego przez zamawiającego pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. było powstanie domniemania, iż zaofferowana przez odwołującego cena oferty jest ceną rażąco niską, a obowiązkiem odwołującego, było obalenie tego domniemania w złożonych wyjaśnieniach, pod rygorem odrzucenia oferty. Skład orzekający oceniając wyjaśnienia odwołującego z dnia 19 sierpnia 2020 r. wraz z załączonymi do nich dowodami doszedł do przekonania, że odwołujący nie obalił powstałego wobec jego oferty domniemania przez co słusznie odwołujący odrzucił jego ofertę w postępowaniu.

W ocenie Izby zamawiający zasadnie argumentował w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący próbował przerzucić na niego ciężar udowodnienia, iż cena oferty odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący istotę swojej argumentacji przedstawionej w odwołaniu oparł na próbie dowiedzenia, że to w wyniku działania zamawiającego, nie udowodnił, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zamawiający nie napisał jak odwołujący miał to zrobić, nie wskazał sposobu przedstawienia wyjaśnień i nie wymagał szczegółowego wyjaśnienia wskazanych w wezwaniu elementów cenowych oferty. Wbrew twierdzeniom odwołującego skład orzekający uznał, że wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2020 r. zawierało uszczegółowione informacje jakie powinien przedstawić w swoich wyjaśnieniach odwołujący oraz określało elementy w odniesieniu, do których zamawiający oczekiwał od odwołującego dokładniejszych wyjaśnień. Warto zwrócić uwagę, że zamawiający w wezwaniu wskazał, iż wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny musiały wskazywać na obiektywne czynniki m. in. zastosowane stawki robocze, składki kosztów ogólnych, szacowaną pracochłonność, koszty pracownicze, koszty licencji i oprogramowania, koszty dojazdów, koszty szkoleń, itp. Wykonawca zobowiązany był do przekazania informacji dotyczącej kosztów (w tym kosztów pracy), zastosowanej marży i osiąganego zysku oraz wykazania stanu faktycznego. Ponadto zamawiający wskazał w wezwaniu, iż biorąc pod uwagę cenę ofertową jednej godziny pracy specjalisty za świadczenie Usług Rozwoju na pozostały zakres usług realizowanych w ramach zamówienia odwołujący przeznaczył kwotę 3 741 652,62 zł brutto. Dodatkowo zamawiający zwrócił się z prośbą o uwzględnienie w wyjaśnieniach kosztu wytworzenia 1570 wymagań, których oferowany system na dzień złożenia oferty nie posiadał oraz załączył w tym zakresie szczegółową tabelę. W związku z tym nie można było przyjąć, że wezwanie zamawiającego było bardzo ogólne i polegało na przytoczeniu fragmentu art. 90 ust. 1 Pzp oraz powołaniu się na czynności stanowiące przedmiot zamówienia, jak próbował wywodzić to odwołujący.

Przechodząc do treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 19 sierpnia 2020 r., należy wskazać, że odwołujący w pierwszej kolejności powołał się na swoje doświadczenie i odniósł się do porównania zamówień podobnych. W ocenie składu orzekającego odniesienie się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny do zamówień podobnych może być wystarczające, jednakże wyjaśnienie dokonane w taki sposób nie może opierać się wyłącznie na ogólnikowych i nieudowodnionych informacjach. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach odniósł się do sześciu zamówień, które według niego były podobne do przedmiotowego zamówienia. Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił bardzo mało konkretnych informacji z przywołanych zamówień oraz w zasadzie nie wskazał w jaki sposób okoliczności z tych podobnych zamówień przekładają się na przedmiotowe zamówienie, a szczególnie na poziom zaofferowanej przez niego ceny. Co istotne odwołujący do wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów potwierdzających powołane podobieństwa i wynikające z nich okoliczności. Jak ustaliła Izba odwołujący dopiero w piśmie procesowym z 16 października 2020 r., w którym zawarł uzupełniającą argumentację do uzasadnienia przedstawionego w odwołaniu, załączył dokumenty dotyczące podobnych postępowań i *de facto* dopiero wtedy podjął próbę właściwej prezentacji swoich twierdzeń i uprawdopodobnienia stanowiska z wyjaśnień. Izba w tym zakresie stwierdziła, że zamawiający nie miał obowiązku znać dokładnych okoliczności dotyczących zamówień podobnych zaprezentowanych przez odwołującego i wobec bardzo ogólnikowych, zdawkowych i nieopartych żadnymi dowodami wyjaśnień, próbował na własną rękę ustalić zakres i stan tych zamówień. W związku z tym poziom i trafność ustaleń w tym zakresie dokonane przez zamawiającego miały znaczenie drugorzędne, ponieważ to odwołujący powinien już w wyjaśnieniach dążyć do możliwie najdokładniejszego i szczegółowego wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego. Wobec ogólnych i nieudowodnionych argumentów odwołującego z wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r., zamawiający w ocenie Izby dochował staranności przy analizowaniu argumentacji odwołującego w zakresie przywołanych zamówień podobnych, natomiast dalsza polemika pomiędzy odwołującym i zamawiającym w tym zakresie polegała na tym, że to odwołujący próbował podważać ustalenia zamawiającego i wykazywać błędy w stwierdzonych przez niego okolicznościach odnoszących się do przywołanych zamówień podobnych. To oznacza, że to odwołujący próbował stawiać się w roli recenzenta argumentacji zamawiającego, natomiast zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, czyli odwołującym w związku z tym to on powinien udowodnić swoje twierdzenia przed zamawiającym, a nie odwrotnie.

Tym samym odwołujący dopiero pismem z dnia 16 października 2020 r. próbował wykonywać rzetelnie, spoczywający na nim obowiązek przy czym okoliczność ta nie mogła przemawiać na jego korzyść, ponieważ po pierwsze – argumentację oraz dowody złożone przy okazji tego pisma skład orzekający uznał za spóźnione, a po drugie pomimo pewnych postępów odwołującego przy prezentowaniu argumentacji w ten sposób zabrakło w niej, z punktu widzenia rozstrzygnięcia, kwestii najistotniejszej tj. odniesienia się do ceny lub jej elementów w przedmiotowym postępowaniu. Odwołującym w dalszym ciągu nie przedstawił jasnej i niewątpliwiej informacji, jak określone elementy z przywołanych w wyjaśnieniach, podobnych zamówień przekładały się konkretnie na poziom ceny lub jej elementów w przedmiotowym postępowaniu. W odwołaniu wyraźnie stwierdzono, że w związku z tym, iż znaczną część zamówienia będą realizowały osoby świadczące usługi intelektualne, wykazanie przez odwołującego stawek tych specjalistów przy realizacji podobnych zamówień powinno zostać uznane za istotny element wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. W dowodzeniu powyższej okoliczności odwołującemu zabrakło jednak konsekwencji, ponieważ ani w wyjaśnieniach ani w całej swojej argumentacji nie podał, ani nie wykazał stawek za jakie zrealizowane były zamówienia podobne przez co nie można było stwierdzić adekwatnego przełożenia na okoliczności realizacji przedmiotowego zamówienia.

W zakresie kolejnych elementów wymienionych przez odwołującego w wyjaśnieniach z 19 sierpnia 2020 r. Izba uznała za słuszne stanowisko zamawiającego, który stwierdził, że jedynym elementem, który w ogóle odnosił się do przedmiotowego zamówienia była tabela z przypisanymi kwotami oraz fragment dotyczący brakujących funkcjonalności. Z tabeli jednakże nie wynikało jak poszczególne pozycje zostały skalkulowane, co warunkowało te koszty, w których pozycjach i w jaki sposób wykonawca uwzględnił planowany zysk obu członków konsorcjum, czym zostały wskazane w tabeli koszty pozostałe. Co prawda w ostatnim wierszu tabeli (poz. 9) wskazany został zysk obu członków konsorcjum odwołującego jako uśredniona kwota, która nie podlegała sumowaniu z wcześniej podanymi pozycjami, ponieważ jak uznał skład orzekający kwota zysku została zawarta w każdej z tych pozycji, a informacja z poz. 9 miała być wyodrębnionym zyskiem odwołującego. Tak przedstawiona informacja zdaniem Izby jeszcze bardziej uczyniła złożone wyjaśnienia wątpliwymi, gdyż już sama tabela, która miała charakter zestawienia własnego odwołującego, jak i wyjaśnienie jej dotyczące nie pozwalały zidentyfikować jak poszczególne pozycje zostały skalkulowane. Informacje w niej zawarte nie zostały także poparte żadnymi dowodami. W związku z tym przyjęcie, że poszczególne pozycje zawierają jeszcze zysk, którego kwota została przedstawiona w sposób uśredniony w poz. 9 utwierdziła skład orzekający w przekonaniu o nieprzydatności tej tabeli dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ponieważ w cenach przedstawionych w poszczególnych pozycjach od 1 do 8, które zawierały pogrupowane według niejasnej metodyki grupy kosztów, które nie potwierdzały ich realności oraz rynkowości, należało jeszcze uwzględnić zysk.

Jedynym załączonym do wyjaśnień dowodem, mającym potwierdzać zasadność argumentacji odwołującego w zakresie realności ceny jego oferty były cztery wydruki stanowiące raporty płacowe dla stanowisk, których zapewnienia przez okres realizacji umowy wymagał zamawiający. Dowód ten Izba uznała za nieprzydatny dla wyjaśnień przedstawionych przez odwołującego. Po pierwsze dokumenty nie stanowiły potwierdzenia stawek obowiązujących lub stosowanych w praktyce u odwołującego. Miały one charakter wydruków z funkcjonującej na rynku, internetowej „porównywarki” wynagrodzeń, które wskazywały miesięczne stawki wynagrodzenia dla danych stanowisk. Po drugie nie były one adekwatne do treści wyjaśnień w zakresie wynagrodzeń personelu realizującego zamówienie. W wyjaśnieniach odwołujący wskazał na przyjętą przez konsorcjum stawkę dotyczącą średniego kosztu jednej osobogodziny, natomiast załączone dowody jak wskazano powyżej zawierały miesięczne stawki wynagrodzenia dla danych stanowisk. Odwołujący nie wyjaśnił jak przyjęty przez niego koszt jednej osobogodziny przekładał się na wynikające z dowodów wynagrodzenia miesięczne, a przez brak wskazania jakichkolwiek informacji dotyczących zakładanej pracochłonności przy realizacji zamówienia, nie można było stwierdzić, aby ten dowód w okolicznościach związanych z wyjaśnieniami cokolwiek potwierdzał.

Ponadto odwołujący przywołując orzecznictwo Izby w zakresie wynagrodzeń pracowników stwierdził, że przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle, na ile wycenia ją osoba je świadcząca. Skład orzekający z tym twierdzeniem generalnie się zgadza, natomiast nie zwalnia ono wykonawcy z obowiązku udowodnienia zaproponowanych stawek. Odwołujący w celu uczynienia zadość sporządzonym wyjaśnieniom w zakresie wynagrodzeń osobowych, powinien załączyć do wyjaśnień dowody, które wykazywałyby realność stawek, które u niego funkcjonują. Z treści wyjaśnień można było dowiedzieć się tylko, że obaj konsorcjanci określili średni koszt osobogodziny dotyczący postępowania. Odwołujący nie wyjaśnił, ani nie wykazał, że był to koszt wyceniany przez osoby świadczące pracę lub usługę na jego rzecz. W związku z tym odwołujący do wyjaśnień powinien dołączyć dowody potwierdzające, że ustalone przez niego stawki są realnie u niego stosowane np. przez przesłanie przykładowych, zanonimizowanych umów, raportów płacowych lub innych dokumentów potwierdzających stosowaną przez niego praktykę w zakresie tych stawek.

W piśmie z dnia 16 października 2020 r. odwołujący przedstawił także uzasadnienie dla twierdzenia o braku analogii pomiędzy szacowaniem zamówienia a jego ostatecznym kształtem, co miało kluczowe znaczenie dla wyceny zamówienia. W tym kontekście odwołujący wyjaśnił, że – *Szacując wartość zamówienia, Zamawiający domagał się przekazania pełni autorskich praw majątkowych do zaprojektowanego systemu - żądał więc oszacowania wartości systemu wykonanego tylko i wyłącznie dla niego, bez możliwości jego wykorzystania przez wykonawców (z modyfikacjami i dostosowaniami lub bez) na użytek prowadzonej działalności gospodarczej i oferowania go innym klientom, liczącym przecież w setki i tysiące. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający oczekuje jedynie udzielenia licencji na dostarczone oprogramowanie, co pozwala wykonawcom na dostarczenie Zamawiającemu, po wykonaniu odpowiednich dostosowań i modyfikacji, systemów znajdujących się w ich standardowej ofercie, wykorzystywanych przez innych klientów i rozwijanych dla wielu klientów jednocześnie, tym bardziej, że technika pracy tych klientów nie opiera się o dowolnie przyjęte zasady, ale jest określona w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, które dokładnie określają, jakie zadania realizują jednostki samorządu terytorialnego i w jaki sposób się to odbywa. Ma to decydujący wpływ na różnicę w zaoferowanej cenie i szacowaniu kosztów realizacji zamówienia, a dysproporcja pomiędzy ceną zaproponowaną w szacowaniu, a ceną oferty Wykonawcy jest absolutnie proporcjonalna i uzasadniona kardynalną zmianą warunków zamówienia, odnoszącą się do praw autorskich. Niezależnie od powyższego szacowane zamówienie dotyczyło również innego zakresu podmiotowego - liczba jednostek organizacyjnych - instytucji podległych Zamawiającemu, z pierwotnej liczby 87 (szacowanie) "stopniała" do 43 (ostateczne zamówienie), a liczba obszarów funkcjonalnych, obsługiwanych przez system, odpowiednio z 14 do 12.*

Po analizie dokumentacji Izba stwierdziła, że rzeczywiście pomiędzy dokumentacją stosowaną na etapie szacowania wartości zamówienia, a ostatecznym kształtem dokumentacji przetargowej w postępowaniu wystąpiły różnice, które mogły skutkować stwierdzeniem braku tożsamości, identyczności pomiędzy obiema wersjami dokumentacji, natomiast w żadnym razie nie można było założyć braku analogii pomiędzy ostateczną, a wcześniejszą jej wersją. Zamówienie co do meritum i co do istoty nie zmieniło się. Zamawiający przyznał, że na etapie rozeznania rynku wskazał w SOPZ wymóg przeniesienia na jego rzecz autorskich praw majątkowych do Oprogramowania Dedykowanego (pkt 1. ppkt. 7 SOPZ), natomiast przed wszczęciem postępowania zdecydował się, na rezygnację z tej formy na rzecz licencji, jednakże na bardzo szerokich polach eksploatacji. Ponadto jak wynika z treści dokumentacji zamawiający zrezygnował z dwóch obszarów działalności w stosunku do szacowania wartości zamówienia tj. „Rozliczenia delegacji” i „Zaliczek”, natomiast w ostatecznej wersji dokumentacji nadal pozostało 12 obszarów działalności, które pokrywały się z obszarami z szacowania. Jeśli chodzi natomiast o liczbę jednostek z szacowania oraz z załącznika nr 3 do SOPZ to zamawiający udowodnił, że była ona identyczna, zatem w tym zakresie różnica pomiędzy szacowaniem, a ostateczną treścią SIWZ nie została potwierdzona. Ponadto załączone do pism z dnia 16 października 2020 r. dowody nr 17 i 19 stanowiące wykazy jednostek były identyczne, co oznacza, że odwołujący nie wykazał tej trzeciej różnicy.

Stwierdzone różnice pomiędzy dokumentacją obowiązującą na etapie szacowania wartości zamówienia, a ostateczną jej treścią nie stanowiły w ocenie składu orzekającego poparcia dla argumentacji odwołującego, ponieważ poza zwróceniem uwagi na te różnice odwołujący nie przedstawił wyliczeń oraz dowodów pozwalających na przyjęcie, że przedmiotowe różnice mogły spowodować obniżenie ceny o ok. 12 mln zł, która wynikała z kwoty podanej w odpowiedziach MADKOM

S.A. na etapie szacowania, a ceną zaoferowaną przez odwołującego w postępowaniu. W związku z tym twierdzenia o braku analogii w powyżej wskazanym zakresie okazały się zbyt daleko idące i gołosłowne, przez co Izba nie miała podstaw do uwzględnienia argumentacji w przedstawionym przez odwołującego zakresie.

W pozostałym zakresie Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego zawartej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 15 września 2020 r., w którym zamawiający szczegółowo odniósł się do wszystkich argumentów odwołującego przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 19 sierpnia 2020 r. W związku z tym w ocenie składu orzekającego nie znalazły potwierdzenia zarzuty odnoszące się do czynności odrzucenia oferty odwołującego. W tym potwierdzenia nie znalazł także zarzut ewentualny odnoszący się do zaniechania wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty, mimo istnienia wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania zamówienia. Zgodnie z cytowanym zarówno przez odwołującego, zamawiającego jak i przystępującego wyroku z 2 kwietnia 2019 r. o sygn. akt KIO 480/19 – *Czynność skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy złożone pierwotnie wyjaśnienia budzą w pewnym zakresie dalsze skonkretyzowane wątpliwości zamawiającego lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień. Procedura ponownego wezwania wykonawcy nie ma zastosowania w sytuacji, gdy uprzednio złożone wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a wykonawca nie podjął próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena jest ceną realną oraz rynkową i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.* W związku z powyższym zwrócić należy uwagę, że kolejne wyjaśnienia powinny mieć miejsce wówczas gdy pierwotne wyjaśnienia budzą dalsze skonkretyzowane wątpliwości zamawiającego. Nie może być więc tak, że zarówno przed pierwotnymi wyjaśnieniami i po nich zamawiający ma dokładnie te same wątpliwości, w związku z tym, iż przedłożone wyjaśnienia były nieprzydatne do weryfikacji rażąco niskiej ceny. Podnieść też należy, że kolejne wyjaśnienia, muszą dotyczyć wybranych, szczegółowych kwestii podlegających dalszemu wyjaśnieniu. W przedmiotowym przypadku, wobec wadliwości pierwotnych wyjaśnień, nie można wybrać jakichkolwiek szczegółowych kwestii, które mogłyby podlegać dalszemu wyjaśnianiu na mocy kolejnego wezwania do udzielenia wyjaśnień, bowiem kolejne wezwanie o wyjaśnienia musiałoby w gruncie rzeczy sprowadzić się do powtórzenia pierwotnego wezwania. Kolejne wyjaśnienia byłyby w takim przypadku niedopuszczalne, bowiem odwołujący złożył wyjaśnienia w sposób ogólnikowy oraz nie poparł ich żadnymi adekwatnymi dowodami, w ten sposób potwierdził, że jego oferta zawierała rażąco niską cenę, co równoznaczne było w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień, a w konsekwencji powodowało konieczność odrzucenia jego oferty.

Jeśli chodzi o dowody złożone przez strony i przystępującego, to za przydatne dla rozstrzygnięcia Izba uznała tylko dowody złożone przez zamawiającego, co zostało potwierdzone w powyższym uzasadnieniu. Dowody złożone przez odwołującego – zarówno załączone do pisma z dnia 16 października 2020 jak i złożone na rozprawie oraz przystępującego zostały pominięte. Dowody złożone przez odwołującego Izba uznała za spóźnione. Odwołujący powinien przedłożyć je wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponadto dowody złożone przez odwołującego i przystępującego okazały się nieistotne dla rozpoznania sprawy, ponieważ skupiały się kwestiach, które nie miały decydującego znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu i nie potwierdzały własnych założeń przyjętych przez składające je podmioty.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, które wchodziły w skład pierwszej grupy zarzutów dotyczącej czynności odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Przechodząc do rozpoznania drugiej grupy postawionych w odwołaniu zarzutów, Izba w ramach uwag ogólnych podkreśliła, że od dnia 4 września 2018 r., z powodu transpozycji do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know – how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem, weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 1637), zmieniająca uregulowania dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym niemniej, w ocenie składu orzekającego, bogaty dorobek zarówno orzecznictwa, jak i doktryny nie stracił aktualności również w obecnym stanie prawnym.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że ustawodawca nie zdecydował się na radykalne zmiany co do uregulowania tajemnicy przedsiębiorstwa – również aktualnie zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji, jako tajemnicy, wymaga wykazania, że kumulatywnie zostały spełnione wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki:

– w postaci materialnej, czyli:

1) zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowiących inne informacje posiadające wartość gospodarczą;

2) zastrzeżone informacje 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;

– w postaci formalnej, czyli:

3) uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jako reprezentatywny dla pierwszej materialnej przesłanki można podać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26 kwietnia 2016 r., sygn. akt II GSK 2806/14, w którym wskazano, że zastrzeżenie poufności może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą – co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.

Zgodnie z drugą przesłanką materialną przymiot poufności przyszuje się informacjom, które jako całość, albo jako zestawienie o szczególnym charakterze, bądź zbiór, nie są powszechnie znane, bądź nie są łatwo dostępne dla osób, które zwykle zajmują się rzeczonym rodzajem danych. W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej definicję legalną tajemnicy wskazano, że użyte w polskiej wersji językowej dyrektywy pojęcia „zestawu” oraz „zbioru” mają taki sam zakres – oznaczają bowiem pewien zespół informacji wyłączony z całości. Użyte wyrażenia należy raczej tłumaczyć jako zbiór (w znaczeniu zespołu informacji wyłączonych z całości) oraz zestawienie (w znaczeniu wzajemnego układu tych informacji względem siebie).

W zakresie przesłanki formalnej, dotyczącej podjęcia przez przedsiębiorcę działań celem zachowania rzeczonych informacji w tajemnicy, należy przypomnieć, że działania takie – dokonywane przez podmiot, który jest zobowiązany do

zachowania podwyższonego miernika staranności, z powodu zawodowego charakteru wykonywania działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.) – muszą mieć charakter czynności niezbędnych w danych okolicznościach. Oznacza to spełnienie rozsądnych i adekwatnych wymagań w zakresie ochrony informacji, na określonym polu pozyskiwania danych. Jak trafnie ujął to Sąd Najwyższy *podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony* (wyrok Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00).

Następnie, przechodząc na kanwę Pzp Izba stwierdziła, że zgodnie z wykładnią językową art. 8 ust. 3 Pzp to po stronie wykonawcy, zastrzegającego informacje jako tajemnicę gospodarczą, leży ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorcy w świetle art. 11 ust. 2 Uznk. Omawiany art. 8 ust. 3 Pzp wprost bowiem wskazuje na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa – podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający, co bezpośrednio skorelowane jest z obowiązkiem zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie, lub sprzecznie z prawem zastrzeżonych (por. uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego odwołania, Izba uznała, że w ustalonym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał, aby dane, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, zasługiwały na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk co oznaczało, że odwołanie w zakresie tego zarzutu było niezasadne. Na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień z 19 sierpnia 2020 r. odwołujący złożył dowód w postaci kopii umowy NDA zawartej pomiędzy pełnomocnikiem konsorcjum a członkiem konsorcjum.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz podjął działania w celu zachowania poufności informacji. Zaś brak takiego wykazania, zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk, powoduje, że nie ma podstaw, aby zastrzeżenie wykonawcy uznać za skuteczne.

Należy również pamiętać, że ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też, wykonawca zastrzegający poufność nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej, subiektywnej oceny. Informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z perspektywy wykonawcy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej przedsiębiorcy. Jednakże, tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 września 2017 r. sygn. akt I OSK 2740/15).

Odwołujący uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podał na stronie 2 wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. Uzasadnienie to miało ogólnikowy charakter i bardziej szczegółowo odnosiło się wyłącznie do formalnej przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Z tą przesłanką korespondował także dowód złożony przez odwołującego. Zamawiający tymczasem w piśmie z dnia 15 września 2020 r. dotyczącym odtajnienia części wyjaśnień odwołującego wskazał swoją interpretację zastrzeżenia dokonanego przez odwołującego, do której odwołujący właściwie się nie odniósł.

Co istotne sam odwołujący uczynił ten zarzut bezprzedmiotowym, ponieważ w treści odwołania przedstawił znaczny zakres informacji zastrzeżonych wcześniej w wyjaśnieniach jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz załączył pełną treść wyjaśnień z dnia 19 sierpnia 2020 r. do swojego pisma procesowego z dnia 16 października 2020 r., które przesłał wraz z załącznikami za pomocą poczty elektronicznej także przystępującemu, co wynika z adresu e-mail zawartego na liście odbiorców tej wiadomości.

Tym samym Izba oddaliła także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznk.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z §3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:.....