Sygn. akt: KIO 846/20

WYROK

z dnia 23 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2020 r. przez S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego

1. Eo Networks S.A. z siedzibą w Warszawie,
2. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez EO Networks S.A. oraz nakazuje:

a. odtajnienie i udostępnienie złożonych przez tego wykonawcę: wykazu osób, wykazu należycie zrealizowanych zamówień w zakresie usługi z poz. 2 oraz wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 4.02.2020r,

b. odrzucenie oferty Eo Networks S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp z uwagi na to, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska.

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. kosztami postępowania obciąża Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

3.2. zasądza od Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej na rzecz &T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 846/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi utrzymania i rozwoju systemów BackOffice, Soprano, Phoenix z aplikacją Madras oraz Modułu Publikacji. Numer referencyjny: BG-II.211.24.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27.11.2019r., pod poz. 2019/S 229-562397.

W dniu 20 kwietnia Odwołujący - S&T Services Polska Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Eo Networks S.A.(dalej EoN)

2. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji wskazanych przez EON w: wykazie osób, wykazie usług i dostaw oraz wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 4.02.2020r.

3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez EoN jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a także jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Pentacomp Systemy Informatyczne

S.A. (dalej Pentacomp) jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

5. ewentualnie wobec punktu 4, zaniechaniu wezwania Pentacomp do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, pomimo że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską i wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp odnośnie skalkulowania ceny za wykonanie opcji;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez EoN jako tajemnica przedsiębiorstwa;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez bezpodstawne ponowne

wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz błędną ocenę oferty i Wyjaśnień EoN złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp;

3. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechaniu wezwania Pentacomp do złożenia wyjaśnień, pomimo że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską oraz wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczących sposobu skalkulowania ceny za opcję;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert EoN i Pentacomp jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności oceny ofert oraz

powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem poniższych żądań Odwołującego,

2. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji wskazanych przez EoN w: wykazie osób, wykazie usług i dostaw, wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 4.02.2020 r.

3. odrzucenia oferty EoN jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

4. odrzucenia oferty Pentacomp jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

5. ewentualnie wobec wniosku w punkcie 4, wezwanie Pentacomp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz treści oferty,

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków,

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu usług (Odwołującemu został udostępniony wykaz usług z odtajnioną jedną usługą) jest bardzo lakoniczne i ogólne, zostało poczynione tylko przy składaniu oferty i nie zostało w żaden sposób uzupełnione w momencie składania samego wykaz usług. EoN wskazał, iż „informacje te [zawarte w wykazie osób i wykazie usług] mówią o wiedzy i doświadczeniu jakimi dysponuje spółka, co ma istotny wpływ na budowanie pozycji i konkurencyjności spółki na rynku a tym samym posiadają wartość gospodarczą". Co istotne, wykonawca nawet nie wskazał, jakich informacji dotyczy to zastrzeżenie, nie wskazał, na czym polega ich istotny wpływ na działalność i konkurencyjność podmiotu zastrzegającego, co w ocenie Odwołującego czyni zastrzeżenie to całkowicie bezskutecznym. EoN wskazał w uzasadnieniu jedynie, że „wykaz wykonanych usług zawiera szereg kluczowych informacji na temat kontraktu, jego wielkości oraz Odbiorcy oraz „ujawnienie tych informacji przez Zamawiającego lub konkurencję prowadziłoby do bezprawnego rozszyfrowania zaplecza technologicznego, organizacyjnego oraz know-how Wykonawcy" (ta część argumentacji odnosi się również do utajnienia wykazu osób). Zdaniem Odwołującego, informacje ujawniane w wykazie zrealizowanych usług są na tak wysokim poziomie ogólnikowości, że brak jest podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Na podstawie wykazu można bowiem dowiedzieć się wyłącznie, na rzecz jakiego kontrahenta świadczone były usługi, jaką miały przybliżoną wartość, w jakim okresie były wykonywane oraz jaki był ogólny przedmiot danego zamówienia. Na podstawie wykazu nie sposób' przede wszystkim ustalić w żaden sposób zasad współpracy EoN z zamawiającymi publicznymi czy podmiotami z branży prywatnej, a tym samym, informacje te w żaden sposób nie ujawniają „zaplecza technologicznego, organizacyjnego oraz know-how" EoN. Co więcej, biorąc pod uwagę, że zgodnie z siwz wymagane było wykazanie dwóch usług, zaś jedna z nich została udostępniona wykonawcom biorącym udział w postępowaniu (tj. zamówienie zrealizowane przez EoN na rzecz Ministerstwa Finansów), trudno zgodzić się z argumentacją, że ujawnienie wymaganych przez Zamawiającego informacji dot. jednego zamówienia będzie aż tak kluczowe dla działalności EoN. Znajomość przez konkurentów EoN danych wskazanych w Wykazie usług nie może rynkowo zaszkodzić wykonawcy. Tym bardziej, że przedmiot zamówień wskazanych w wykazie usług musi korespondować z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w siwz, a tym samym wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą wykazać realizację podobnych usług. Podkreślić należy, że w „Wykazie usług" nie wskazuje się informacji dotyczących podstawy prawnej, szczegółowych zasad współpracy (terminów, kar umownych, zakresu odpowiedzialności), treści umów czy szczegółowych zasad wynagrodzenia za dane zamówienie. Dopiero pozyskanie takich informacji przez konkurencyjne podmioty mogłoby ewentualnie zagrozić pozycji danego usługodawcy na rynku i narazić na ryzyko utraty klientów.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że EoN jest spółką publiczną notowaną na giełdzie, a tym samym jawność i transparentność działania tej spółki wynika z przepisów dotyczących raportowania. Zasady te, w połączeniu z ogólnikowością informacji zawartych w wykazie usług prze2 EoN powodują, że nie można mówić, że tajemnice zawarte w częściowo utajnionym wykazie usług stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, EoN nie wykazał, że faktycznie podejmuje działania mające na celu zapewnienie poufności objętych zastrzeżeniem informacji wskazanych w „Wykazie usług" oraz dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie. Skoro zaś wywodzi on z tych twierdzeń skutki prawne, to po stronie tego podmiotu leży obowiązek ich udowodnienia. Co prawda wykonawca powołuje się na klauzule poufności zawarte z klientem, jednakże z treści pisma nie wynika, aby takie klauzule zostały Zamawiającemu przedłożone. Odwołujący nie zgodził się także z argumentację EoN dotyczącą uzasadnienia

objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu osób. Przede wszystkim, biorąc pod uwagę przygotowany przez Zamawiającego i wypełniony przez EoN formularz nie można stwierdzić, w jaki sposób ujawnienie tych danych miałoby zagrozić przedsiębiorstwu wykonawcy. Sam wykonawca poza ogólnikowym stwierdzeniami (odnoszącymi się również do wykazu usług), że „ujawnienie tych informacji przez Zamawiającego lub konkurencję prowadziłoby do bezprawnego rozszyfrowania zaplecza technologicznego, organizacyjnego oraz know-how Wykonawcy" w żaden sposób nie uzasadnia, dlaczego zastrzeżone informacje miałyby mieć dla niego tak wielką wartość. W ocenie Odwołującego, przytoczenie bardzo ogólnikowego uzasadnienia, nie może świadczy o tym, że dane pracowników są faktycznie tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym bardziej, że EoN w żaden sposób nie wykazuje, że podejmuje jakiekolwiek czynności w celu ich faktycznego utajnienia. Zaś gołosłowne deklaracje stoją w sprzeczności chociażby z faktem, że dane ponad 100 pracowników (czy współpracowników) są widoczne na profilu spółki EoN na portalu internetowym linked.in. To świadczy o tym, że w spółce nie ma żadnej polityki poufności danych dotyczących pracowników. Odwołujący stwierdził, że EoN w ogóle nie uzasadnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób, albowiem owo „uzasadnienie" nie odnosi się do elementów niezbędnych dla wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego nieskutecznym jest także zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w odpowiedzi na wyjaśnienia złożone przez niego w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 30.01.2020r. Odwołujący wyjaśnił, że EoN utajnił w pierwszej kolejności wyjaśnienia, które zostały przestawione w piśmie z dnia 14.01.2020 r. Ponieważ jednak zastrzeżenie tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało w ogóle uzasadnione, Zamawiający ostatecznie odtajnił wyjaśnienia i udostępnił całe pismo EoN Odwołującemu. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, skoro część wyjaśnień (te złożone pierwszym pismem) została odtajniona, również pozostałe wyjaśnienia powinny zostać odtajnione, tym bardziej, że uzasadnienie zawarte w piśmie z dnia 4.02.2020 r. jest bardzo lakoniczne i ogólnikowe. Po pierwsze, EoN nie wykazał, że dane wskazane w wyjaśnieniach są tajne i nie mogą zostać pozyskane w inny sposób. Co więcej, nie przedstawił w ogóle argumentacji, dlaczego informacje zawarte w utajnionej części wyjaśnień nie mogą być jawne. EoN co prawda przytoczył szeroko orzecznictwo KIO w tym zakresie, jednakże, poza tym ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że z uwagi na ich brzmienie informacje zawarte w utajnionej części wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, takie ogólne stwierdzenie nie poparte żadną argumentacją odnoszącą się do konkretnych informacji zawartych w zastrzeżonej części wyjaśnień jest niewystarczające, aby uznać uzasadnienie za skuteczne.Co więcej, wątpliwym jest, że EoN skutecznie wykazał, że podejmuje jakiekolwiek czynności mające zapewnić bezpieczeństwo informacjom objętym wyjaśnieniami ani nie przedłożył na tę okoliczność żadnych dowodów.

Dowody załączone do uzasadnienia zastrzeżenia części informacji zawartych w piśmie z

dnia 4.02.2020 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdzają praktycznie żadnych działań, które rzekomo miałyby być przez EoN podejmowane w celu uchronienia tych informacji przed ujawnieniem. Biorąc pod uwagę, że to na EoN spoczywa ciężar dowodowy wykazania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki art. 11 ust. 2 ZNKU, należy stwierdzić, że co najmniej we wskazanym powyżej zakresie EoN ciężaru tego nie udźwignął. Odwołujący zauważył, że załączona do pisma deklaracja CIT-ST (7) ujawnia tylko i wyłącznie ilu pracowników jest zatrudnionych w spółce EoN łącznie i ilu w poszczególnych oddziałach tej spółki. Poza liczbą osób zatrudnionych, która nota bene i tak jest znana ze składanych sprawozdań finansowych dostępnych osobom trzecim, dokument ten nie zawiera jakichkolwiek informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego jedynym celem EoN utajnienia swych wyjaśnień było uniemożliwienie konkurencyjnym wykonawcom skontrolowania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, a tym samym weryfikacji, czy zaoferowana przez EoN cena nie jest ceną rażąco niską. Skrajna wręcz lakoniczność merytorycznej części zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie pozwala na uznanie, że zastrzeżenie to zostało dokonane skutecznie. Odwołujący wskazał, że w przypadku odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący powinien mieć możliwość skorzystania z nowego środka ochrony prawnej.

Jedynie z ostrożności, opierając się na udostępnionych do dnia złożenia odwołania częściowych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, że w wyjaśnienia złożone pismem z dnia 14.01.2020 są lakoniczne, ogólnikowe. Z pisma w żaden sposób nie

wynika, że cena nie jest rażąco niską. Niewystarczającym jest stwierdzenie, że wykonawca

ma wieloletnie doświadczenie - skoro nie wykazał, w jaki sposób to doświadczenie przekłada się na możliwość zaoferowania przez niego niższej ceny. Nie sposób uznać także za skuteczną argumentację poprzez jedno zdanie odwołania się do „historycznej znajomości" oprogramowania. Przede wszystkim bowiem wykonawca nie przedstawił - poza gołosłownym

stwierdzeniem - w jaki sposób dane te przekładają się na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. Odwołujący podniósł, że EoN uzasadniając wysokość wynagrodzenia ryczałtowego za utrzymanie systemu powinien wykazać szereg czynników kosztowych, z których dwoma najważniejszymi są jednostkowy koszt pracy i nakład pracy. Żaden z tych elementów nie został wykazany. Jeżeli chodzi bowiem o jednostkowy koszt pracy nie wiadomo jaki on jest, albowiem stawka wskazana w wyjaśnienia stawka 61,50 zł brutto odnosi się do usług rozwoju, a nie utrzymania. Oznacza to, że analogiczna stawka dla usług utrzymania nie została podana, a nie jest rolą zamawiającego domyślanie się tej stawki. W żaden sposób wykonawca nie wykazał także, choćby w przybliżeniu, czasochłonności wykonania usługi utrzymania. Ponadto, kalkulacja kosztów powinna zawierać wszystkie dodatkowe koszty świadczenia usług utrzymania, w tym m.in. takim jak: koszty delegacji, koszty biura, sprzętu, koszty ogólne i pośrednie, koszty finansowe (w tym koszty pozyskania wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty odroczonych płatności wynagrodzenia od zamawiającego). Tymczasem EoN ograniczył się tylko do podania kosztu usługi utrzymania (44.280 zł brutto kwartalnie) w żaden sposób nie uzasadniając skąd taka, a nie inna kwota. Odwołujący podniósł, że także stawka godzinowa za usługi utrzymania nie została w żaden sposób uzasadniona i wykazana. Z pewnością wykazaniem stawki nie jest stwierdzenie stawka rozwojowa na poziomie 61,50 zł za 1 h odpowiada kwocie średnio-miesięcznego wynagrodzenia w wysokości 9840 zł brutto (160 h x 73,8 zł = 9 840 zł). Jest to kwota blisko 2-krotnie większa niż średnie wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstwa oraz blisko 4-krotnie większe niż minimalne wynagrodzenie planowane w 2020 roku. Podkreślił, że wyjaśnienia złożone pismem z dnia 14.01.2020 r. nie zostały poparte żadnymi dowodami, a tym samym należy je uznać wyłącznie za gołosłowne deklaracje.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niedopuszczalności ponownego wezwania do udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazał, że brak było podstaw do powtórnego wzywania EoN do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, a oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona. Odwołujący przyznał, że Zamawiający jest uprawniony, co do zasady, wystąpienia do wykonawcy, o ponowne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jednakże uprawnienie to jest dopuszczalne w określonych przypadkach. Zdaniem Odwołującego pismo z dnia 14.01.2020 r. nie zawiera żadnych konstytutywnych cech wyjaśnienia elementów mających wpływ na cenę iub koszt. Pismo to jest skrajnie lakoniczne i nie zawierające żadnych wyjaśnień, ani dowodów. Tym samym należy uznać, że sytuacja, która zaszła w niniejszej sprawie, jest równoznaczna z brakiem takich wyjaśnień. Nie było zatem podstaw do tego, aby zamawiający ponownie wzywał wykonawcę do składania kolejnych wyjaśnień, tym bardziej, że ponowne wezwanie nie służyło doprecyzowaniu ewentualnych niejasności pisma z dnia 14.01.2020 r., a raczej „otwarciu" kolejnego terminu dla nowych wyjaśnień. Takie działanie Zamawiającego (ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień) było niedopuszczalne, albowiem nie jest rolą Zamawiającego sanowanie uchybień EoN. W konsekwencji drugie wyjaśnienia (z dnia 4.02.2020 r.) w ogóle nie powinny być brane pod uwagę, a oferta EoN powinna podlegać odrzuceniu wskutek nieuczynienia zadość wezwaniu z dnia 9.01.2020 r.

Odwołujący zakwestionował także cenę zaoferowaną przez EoN w zakresie usługi rozwoju oraz ceną za prawo opcji (zarówno za utrzymanie jak i za rozwój). Podniósł, że cena zaoferowana przez EoN za roboczogodzinę (dalej jako „rbh") usługi rozwoju dla zamówienia podstawowego jest niewspółmiernie niska do wymagań i doświadczenia specjalistów, jakiego wymaga Zamawiający. Zgodnie z ofertą i treścią odtajnionych wyjaśnień z dnia 14.01.2020 r., EoN za świadczenie usługi rozwoju zaoferował stawkę 73,80 zł/rbh brutto, z czego 61,50 zł brutto/rbh stanowić mają zakładane przez tego wykonawcę koszty. Odliczając podatek VAT, wynagrodzenie EoN za 1 rbh usługi rozwoju wynosić będzie netto 50 zł. Co istotne, w kwocie tej mają się zawierać wszystkie koszty wykonawcy, łącznie z kosztami ogólnymi, ponieważ zgodnie z wyjaśnieniami różnica pomiędzy kwotami brutto 73,80 zł i 61,50 zł stanowi zysk wykonawcy. Odwołujący porównał zaoferowaną stawkę ze stawką godzinową EoN za prace serwisowa zwartą w cenniku usług serwisowych EoN ze strony internetowej, która waha się w granicach 100-150 zł netto/rbh w centrum serwisowym wykonawcy i 170-300 netto/rbh w siedzibie klienta. Biorąc pod uwagę, że naprawy sprzętu IT są dokonywane przez serwisantów zaś usługi rozwoju w ramach Zamówienia przez programistów, którzy stanowią najlepiej opłacaną grupę zawodową na rynku IT, widocznym jest, że przyjęta stawka za rbh jest zdecydowanie zaniżona. Mało wiarygodne jest także założenie, że zysk na tym zamówieniu będzie wynosić 25%, skoro spółka takiego zysku w ostatnich latach nie osiągnęła. Z ogólnie dostępnego dokumentu „Jednostkowy raport roczny eo Networks S.A. za okres od 1 stycznia 2018 roku do 31 grudnia 2018 roku" wynika, że rentowność EoN w 2018 .r. wynosiła 3,2 % netto. Odwołujący porównał stawkę godzinową za usługę rozwoju zaoferowaną przez EoN z innymi ofertami, i wskazał, że stawka ta (73,80zł) jest o ponad połowę niższa od kolejnej Pentacomp (158,40zł).

Ponadto, zdaniem Odwołującego wynagrodzenie za świadczenie usług w ramach prawa opcji, które zaoferował EoN stanowi rażąco niską cenę. Odwołujący podniósł, że jeżeli chodzi o usługę rozwoju, w ramach zamówienia podstawowego Zamawiający przewiduje do

6000 rbh w ciągu 36 miesięcy na usługę rozwoju, zaś w okresie opcji do 4000 rbh w ciągu 12 miesięcy. W konsekwencji, w ramach prawa opcji wykonawca byłby zobowiązany do zrealizowania 1/3 wymiaru usługi utrzymania w czasie podstawowym oraz 2/3 wymiaru usługi rozwoju w czasie podstawowym. Jednocześnie Zamawiający przeznaczył na wynagrodzenie za realizację zamówienia podstawowego kwotę 2.024.576,64 zł, a za realizację prawa opcji - 1.086.662,88 zł. W konsekwencji można zauważyć, że wynagrodzenie przeznaczone na opcję, mimo krótszego okresu jej realizacji, stanowi około 1/2 wynagrodzenia za zamówienie podstawowe. Takie zdefiniowanie budżetu, zdaniem Odwołującego, świadczy o tym, że Zamawiający w szacunkach zakresu podstawowego i zakresu prawa opcji przewidział czynniki wzrostu cen za usługi oraz wszelkie elementy inflacyjne, jakie mogą zaistnieć w trakcie 36 miesięcy realizacji zamówienia podstawowego. Również wszyscy wykonawcy powinni przewidzieć takie elementy w swoich kalkulacjach ceny opcji, która to cena - obserwując aktualne trendy - będzie z pewnością wyższa niż koszt 12- miesięcznego świadczenia usług w ramach zamówienia podstawowego. Tymczasem, EoN przyjął w swojej kalkulacji dokładnie takie same stawki za poszczególne usługi zarówno dla zamówienia podstawowego jak i dla prawa opcji. Oznacza to, że w cenach dot. prawa opcji nie uwzględniono żadnych czynników wzrostu kosztów i współczynnika inflacji. Co więcej, stawka za rbh usługi rozwoju pozostała w takiej samej zaniżonej stawce jak dla zamówienia podstawowego. Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego podane stawki za usługi w ramach prawa opcji są stawkami mającymi charakter rażąco niskich, całkowicie nierealnych i oderwanych od rzeczywistych wynagrodzeń w branży informatycznej, przy uwzględnieniu wymaganego przez Zamawiającego zespołu specjalistów o określonych kompetencjach.

Odnośnie oferty Pentacomp, Odwołujący wskazał, że jest prawdopodobnym, że również rażąco niską ceną jest cena zaoferowana przez Pentacomp - w szczególności jeżeli chodzi o wskazane w ofercie wynagrodzenie za świadczenie usług w okresie opcji. Pentacomp przyjął dokładnie takie same stawki za poszczególne usługi zarówno dla zamówienia podstawowego jak i prawa opcji. Oznacza to, że w cenach prawa opcji nie uwzględniono żadnych czynników wzrostu kosztów i współczynnika inflacji. Pentacomp ustalił swoje wynagrodzenie w okresie prawa opcji na poziomie niższym o około 20% niż Odwołujący. Wskazane w odwołaniu okoliczności powinny zostać wyjaśnione, a Pentacomp powinien wykazać, w jaki sposób skalkulował swoje ceny, czy i w jaki sposób uwzględnił czynniki inflacyjne (które z uwagi na łączny 4-letni okres zamówienia powinny być skalkulowane) oraz czy nie ukrył części wynagrodzenia za prawo opcji w wynagrodzeniu za zamówienie podstawowe. Zdaniem Odwołującego, ponieważ wskazane w ofercie Pentacomp wynagrodzenie za świadczenie usług w ramach prawa opcji wydaje się być wynagrodzeniem rażąco niskim, Zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 2 Pzp.

Odwołujący podniósł zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, który jest wprost powiązany z zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny EoN i Pentacopm za usługi dla prawa opcji. Zdaniem Odwołującego, nie ma możliwości wykonania usług świadczonych ponad 3 lata po złożeniu oferty i podpisaniu umowy za taką samą stawkę jak usługi świadczone po podpisaniu umowy (w ramach zamówienia podstawowego). W konsekwencji jedynymi logicznymi wyjaśnieniami w tej sytuacji jest albo wykonywanie zamówienia po zaniżonej, nierealnej i poniżej kosztów cenie albo „przerzucenie" kosztów tych usług do innych cen rozliczanych wg stawek ryczałtowych. W obu sytuacjach oferty EoN i Pentacomp powinny podlegać odrzuceniu.

Zamawiający i Przystępujący po jego stronie wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania.

Przystępujący EoN złożył pisemne stanowisko w sprawie (pismo z dnia 23.06.2020r. w aktach), wskazując mi.in, że dokonał skutecznego zastrzeżenia poufności informacji zawartych w wykazie usług (poz. 1), wykazie osób, wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 4.02.2020r. Wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia wykazu usług w poz. 1 oraz wykazu osób były konkretne, wyczerpujące i wypełniały przesłanki ustawowe uprawniające do objęcia zawartych w nich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa mimo, że nie były obszerne to odnosiły się do wszystkich przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa i wykazywały, że są to informacje organizacyjne, techniczne posiadające wartość gospodarczą dla EoN Wartość gospodarcza jest rozumiana w tym aspekcie, że rozpowszechnianie tych informacji może zagrażać konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa w danym segmencie rynku. Przystępujący EoN wskazał, że informacje zastrzeżone jako całość i jako szczególne zestawienie elementów lub zbioru nie były ujawniane i nie są powszechnie znane osobom zajmującym się tym rodzajem informacji. Przystępujący zastrzegł wykaz usług, z wyj poz. 1, z tych względów, że kontakty handlowe nawiązane z podmiotami prywatnymi nie muszą być ujawniane na rzecz konkurentów i wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o art. 11 ust. 2 uznk. Przystępujący podjął szereg działań, mających na celu

zachowanie w poufności informacji, posiada szereg wewnętrznych dokumentów dotyczących bezpieczeństwa danych. Ponadto związany jest zapisami umowy ze swoimi partnerami i kontrahentami, w tym klauzulami poufności, które obligują go do zachowania treści tych umów w tajemnicy. Na potwierdzenie złożył wzór umowy o współpracę B2B stosowany z partnerami spoza sektora publicznego. Informacje na temat klientów, cen, przedmiotu wykonywanych dla nich usług są informacjami mającymi wartość gospodarczą i mają znaczenie dla pozyskiwania i utrzymania pozycji na rynku. Ich ujawnienie może umożliwić przejęcie klientów oraz określenie stosowanej polityki cenowej, szczególnie jeśli są to usługi świadczona na rzecz podmiotów prywatnych. Za nietrafną uznał argumentację, że skoro EoN jako spółka publiczna ujawnia informacje na temat swojej działalności w raportach giełdowych to jest zobowiązana do jawności i transparentności działań spółki. Brak w raportach giełdowych informacji zawartych i zastrzeżonych w przedmiotowym wykazie usług. W zakresie wykazu osób, wskazał na niebezpieczeństwo związane z ujawnieniem danych zawartych w wykazach osób polegające na możliwym przejęciu kluczowych specjalistów przez konkurentów, co za tym idzie obniżenie zdolności konkurowania lub wręcz uniemożliwienie normalnego funkcjonowania na rynku IT. Doświadczenie osób i przypisane im role mają kluczowe znaczenie gospodarcze i stanowią wartość samą w sobie. Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem, że nie wykazał w sposób wystarczający, że wyjaśnienia z dnia 4.02.2020r. są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny mają wartość gospodarczą. Sposób kalkulacji oferty, czynniki i przewagi wykonawcy umożliwiające mu zaoferowane konkurencyjnej ceny wypełniając definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje dotyczące danych kosztowych zwarte w wyjaśnieniach mogłyby umożliwić przedsiębiorcom działającym na rynku IT stworzenie konkurencyjnej oferty w kolejnych postępowaniach, co w efekcie dawałoby przewagę nad badaną ofertą Przystępującego i stwarzałoby możliwość zmniejszenia przychodów oraz ograniczenia liczby jego klientów. W wyjaśnieniach Przystępujący opisał szczegółowo przyjęte przez niego rozwiązania biznesowe, planowaną i założoną przy kalkulacji ceny alokację kosztów zamówienia. Informacje te nie są powszechnie znane osobom zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób, a także nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej. Przystępujący wykazał, że podjął przy zachowaniu należytej staranności działania mające na celu ochronę przedmiotowych informacji przed dostępem osób trzecich. W wyjaśnieniach Przystępujący podał szereg działań i mechanizmów, jakie podjął celem zachowania informacji w poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich. Z samego braku dowodów na potwierdzenie podjętych działań nie sposób wywodzić, że Przystępujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny za usługi rozwoju i ceny za opcję , wskazał, że nie mamy do czynienia z ceną, która odbiega od cen rynkowych w sposób powodujący podejrzenie, że cena jest rażąco niska. Cena oferty Przystępującego nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co potwierdza jej rynkowy poziom. Duże doświadczenie i znajomość rynku IT pozwoliły Przystępującemu na skalkulowanie konkurencyjnej, ale realnej ceny oferty. Odwołujący błędnie uznał, że skalkulowana przez Przystępującego cena za 1 rgh jest rażąco niska.

Odnośnie powtórnego wezwania do udzielenia wyjaśnień Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia z dnia 14.01.2020r. zawierały informacje, których w sposób ogólny i bez wskazania szczegółowych wytycznych żądał Zamawiający. Zamawiający przyznał, że z uwagi na zbyt ogólny charakter pierwszego wezwania nie był w stanie ocenić jakich dowodów oczekuje od niego Zamawiający. W związku z powyższym Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, tym razem szczegółowo opisując jakich informacji i dowodów na ich potwierdzenie oczekuje Zamawiający od Przystępującego. Odwołujący pominął fakt, że samo zapytanie Zamawiającego o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było ogólne i nie precyzuje informacji jakie chce uzyskać Zamawiający. Brak uznania przez zamawiającego ceny oferty za rażąco niską oznacza, że złożenie oferty nie stanowi w

tym zakresie czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający złożył pisemne stanowisko w sprawie (pismo z dnia 22.06.2020r. w aktach). Zamawiający wskazał, że decyzję o nieodtajnieniu spornych informacji (wykazu usług, wykazu osób oraz wyjaśnień z dnia 4.02.2020r.) podjął po analizie wniosku wykonawcy EoN. Wykonawca wskazał, że konkretne informacje mają wartość gospodarczą. Zamawiający podniósł, że podobnie Odwołujący złożył wniosek o objęcie tajemnicą swojego wykazu usług oraz wykazu osób. Odnośnie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazał, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp winno być precyzyjne, wskazywać elementy budzące wątpliwości zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić wyjaśnień. W dniu 14.01. 2020r. Zamawiający otrzymał wyjaśnienia, w których wykonawca odniósł się w dosłownie do pytania Zamawiającego, wskazując że zaoferowana kwota jest blisko 2-krotnie większa niż średnie wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw oraz blisko 4-krotnie większa niż minimalne wynagrodzenie planowane

w 2020r. Wykonawca wymienił czynniki mające wpływ na wartość oferty wskazując wyliczenia dotyczące pracochłonności usługi utrzymania, których dowodami miały być historyczna znajomość części systemów objętych postępowaniem tj. Soprano, Phoenix, Madras, które EoN serwisowało i rozwijało, opublikowana przez Zamawiającego w pytaniach i odpowiedziach informacja na temat ilości błędów zgłoszonych w latach 2018, 2019 9 (niska liczba błędów świadczy o stabilności systemu). Zamawiający podkreślił, że wezwanie z dnia 9.01.2020r. zostało sformułowane w sposób ogólny, w oparciu o literalne brzmienie przepisu, bez wskazania zasadniczej kwestii wymagającej wyjaśnienia, stąd Zamawiający uznał, że uzasadnione jest powtórzenie wezwania i doprecyzowanie stopnia szczegółowości oczekiwanych wyjaśnień. Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny nie może oczekiwać, że wykonawca szczegółowo przeanalizuje każdą pozycje cenową. Pismem z dnia 30.01.2020r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o podanie wynagrodzenie dla poszczególnych specjalistów, w szczególności kierownika projektu i programistów, dodatkowo wyjaśnienia na jakiej podstawie wykonawca będzie dysponował tymi specjalistami, informacji o ewentualnym dofinansowaniu stanowiska pracy i udowodnienie realności tych kwot. Wykonawca udzielił w dniu 4.02.2020r. odpowiedzi podając bardziej szczegółową kalkulacje kosztów, przedstawiając założenia na jakich została oparta, ze szczególnym uwzględnieniem kosztów pracy (inflacja, wzrost wynagrodzeń, koszty pracodawcy, gwarancji, rękojmi realizacji umowy, koszty osoby niepełnosprawnej) rozwijając kwestię optymalizacji kosztów zatrudnienia specjalistów oraz załączając kopie umów i aneksów do umów kierownika projektu, programistów. Zamawiający podniósł, że nie ma prawa kwestionować polityki płacowej wykonawcy. Usługi informatyczne nie są cenami regulowanymi i takiego charakteru nie ma cennik usług ze strony EoN. Zadaniem Zamawiający, złożone przez EoN wyjaśnienia z dnia 9.02.2020r. są wyczerpujące, wiarygodne i przekonujące i nie znajduje potwierdzenia teza, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska.

W zakresie zarzutu art. 90 ust. 1 Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania Pentacomp do złożenia wyjaśnień, Zamawiający stwierdził, że brak jest podstaw do takiego działania. W odniesieniu do Pentacomp nie zachodziły okoliczności z art. 90 ust. 1 a Pzp a zatem nie powstał obowiązek wezwania do udzielenia wyjaśnień. Nakaz z art. 90 ust. 1 Pzp jest jeszcze mniej bezwzględny i realizuje się on dopiero jeśli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego. Cena oferty Pentacomp jest tak wysoka w stosunku do średniej wartości złożonych ofert i wartości szacunkowej, że nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Wartość całkowita 2 465 707,32zł, średnia wartości złożonych ofert - 2 433 548,85 zł, wartość szacunkowa 3 111 239,51zł, zamówienie podstawowe - 1 611 678,24, średnia wartości złożonych ofert - 1 669 899,51 zł, wartość szacunkowa 2024 576,64zł, prawo opcji 854 026,08 zł, średnia wartości złożonych ofert - 763 649,34 zł, wartość szacunkowa 1086 662,88zł.

Zamawiający nie dopatrzył się także manipulacji cenami w ofertach EoN oraz Pentacomp. Zamawiający nie dopatruje się w zaoferowaniu takiej samej stawki dla ostatniego i pierwszego roku umowy przerzucania na niego kosztów opcji, ale raczej optymalizacji, wynikających z nabytego doświadczenia informatyków zaangażowanych w realizację projektu oraz pewnej swobody w zarządzaniu projektem, jaką Zamawiający pozostawił wykonawcom, która przejawia się w określeniu przez Zamawiającego wymaganego potencjału intelektualnego, ale z możliwością kształtowania zasobu ludzkiego (np., wymóg, że ta sama osoba nie może pełnić innej roli w projekcie został zastrzeżony wyłącznie do kierownika projektu).

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła

i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalono, co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmuje:

a. w ramach zamówienia podstawowego - usługi utrzymania i rozwoju systemów

BackOffice, Soprano, Phoenix z aplikacją Madras oraz Modułu Publikacji.

Okres świadczenia usługi utrzymania trwa 36 miesięcy od dnia podpisania umowy,

Usługa rozwoju obejmuje 6000 roboczogodzin do wykorzystania przez cały okres świadczenia usług utrzymania (12 3- miesięcznych okresów rozliczeniowych)

b. w ramach prawa opcji - świadczenie usługi utrzymania w okresie 12 miesięcy od dnia zakończenia usługi utrzymania w ramach zamówienia podstawowego lub nabycie dodatkowych 4000 roboczogodzin rozwoju (4 okresy rozliczeniowe).

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 2 529 463,02zł netto, 3 111 239,51 zł brutto, w tym zamówienie podstawowe na kwotę 2 024 576,64zł brutto i zamówienia w ramach prawa opcji - 1 086 662,88 zł brutto.

Wartość zamówienia została ustalona w dniu 18.09. 2019r. na podstawie rozeznania cen rynkowych przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty z następującymi cenami:

1. eo Networks S.A. - 1 771 200 zł brutto, w tym cena za 1 okres rozliczeniowy usług utrzymania przez okres 36 miesięcy - 64 575 zł, cena za 1 okres rozliczeniowy usług w ramach prawa opcji - 64 575 zł, cena brutto za 1 rbg usług rozwoju - 73,80zł

2. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. - 2 465 704,32zł, w tym cena za 1 okres rozliczeniowy usług utrzymania przez okres 36 miesięcy - 55 106,52 zł, cena za 1 okres rozliczeniowy usług w ramach prawa opcji - 55 106,52 zł, cena brutto za 1 rbg usług rozwoju - 158,40zł.

3. S&T Services Polska Sp. z o.o. - 2 914 291,08zł, w tym cena za 1 okres rozliczeniowy usług utrzymania przez okres 36 miesięcy - 65 626,65 zł, cena za 1 okres rozliczeniowy usług w ramach prawa opcji - 71 057,82 zł, cena brutto za 1 rbg usług rozwoju - 193,11zł

4. Decosft S.A. - z ceną 2 583 000zł, , cena brutto za 1 rbg usług rozwoju - 159,90zł.

W dniu 6.04.2020r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez eo Networks S.A. (dalej EoN lub Przystępujący).

W ofercie EoN z dnia 8.01.2020r. w pkt 6 ppkt 1 Formularza ofertowego wykonawca złożył oświadczenie, że jego oferta zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. Wraz z ofertą złożył wyjaśnienia na str. 5 oferty, wskazując, że tajemnica przedsiębiorstwa dotyczy zespołu osób oraz wykazu referencji, które będą przedstawione w postępowaniu. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp EoN złożył wykaz osób i wykaz usług i przesłał Zamawiającemu wyjaśnienie w zakresie zastrzeżenia zawartych w tych wykazach informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. EoN wskazał m.in., że „informacje te mówią o wiedzy i doświadczeniu, jakim dysponuje spółka, co ma istotny wpływ na budowanie pozycji i konkurencyjności spółki na rynku, a tym samy posiadają wartość gospodarczą. Informacje te nie zostały w inny sposób ujawnione do wiadomości publicznej. W celu zachowania poufności ww. informacji spółka stosuje m.in. klauzulę „tajemnica przedsiębiorstwa" a także ogranicza i kontroluje dostęp do informacji wewnątrz spółki. Ponadto informacje te zawierają dane osobowe, których ochronę w spółce regulują wewnętrzne przepisy. (..). Objęcie „tajemnicą przedsiębiorstwa" wykazu osób oraz wykazu usług wraz z dowodami należytego wykonania są kluczowymi informacjami z punktu widzenia Wykonawcy. Wykaz wykonanych usług zawiera szereg kluczowych informacji na temat kontraktu, jego wielkości oraz Odbiorcy. Informacje te nigdy w całości nie były ujawnione do wiadomości publicznej, a ujawnienie tych informacji przez Zamawiającego lub konkurencję prowadziłoby do

bezprawnego rozszyfrowania zaplecza technologicznego, organizacyjnego oraz know-how

Wykonawcy. Zastrzeżenie nie obejmuje usługi nr 1 wykazu usług dotyczącej realizacji

wykonania projektów dla Ministerstwa Finansów". Wykonawca EoN oświadczył, że podjął szereg działań w celu zachowania poufności, które to działania doprowadziły do powstania warunków stwarzających bardzo duże prawdopodobieństwo, że wskazane informacje pozostaną nieujawnione. Zwrócił uwagę, że niektóre z usług realizowane były w ramach umów z konsorcjum pomiędzy EoN oraz innymi podmiotami, a sposób realizacji wykonywanych prac oraz metody rozliczenia i wartości kontraktu są objęte w EoN tajemnicą przedsiębiorstwa. Usługi były realizowane w ramach umów ramowych, powiązanych szeroko tajemnicą handlową pomiędzy kontrahentami. Te informacje zawierają zakres prac, kwoty realizacji oraz użyte technologie.

W dniu 9.01.2020r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp zwrócił się do EoN o złożenie wyjaśnień, w tym o złożenie stosownych dowodów dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, w szczególności w zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U z 2018, poz. 2177).

W odpowiedzi z dnia 14.01.2020r., EoN złożył wyjaśnienia i oświadczył, że cena nie ma na celu utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, nie jest sprzedażą usług poniżej kosztów ich świadczenia, nie ma na celu eliminacji innych przedsiębiorców. Cena obejmuje realizację pełnego zakresu zamówienia oraz uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Jako oszczędności oraz wyjątkowe warunki sprzyjające kalkulacji kosztów EoN wskazał ponad 14 letnie doświadczenie przy świadczeniu usług asysty technicznej dla klientów na terenie całego kraju oraz praktykę związaną z prowadzenie asysty technicznej i konserwacji, a także rozwojem aplikacji. Firma posiada oddziały w różnych lokalizacjach (Płock, Tarnobrzeg, Białystok), które pozwalają na optymalizację kosztów zatrudnienia specjalistów. W załączeniu EoN przedstawił wykaz elementów oferty założenia przychodów i kosztów w projekcie, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Z powodu braku uzasadnienia do zastrzeżenia tych informacji, Zamawiający w dniu 30.01.2020r. poinformował o nieuwzględnieniu wniosku o zastrzeżenie zawartych w wyjaśnieniach z dnia 14.01.2020r. informacji. EoN wskazał w wyjaśnieniach, że przyjęto średniomiesięczny koszt utrzymania na poziomie 14 760zł (usługa utrzymania, serwisu, gwarantowanych godzin na konsultacje). W kwestii wyjaśnienia stawki kosztów opcjonalnych EoN wyjaśnił, że stawka 61,50zł odpowiada kwocie średniomiesięcznego wynagrodzenia w wysokości 9840 brutto (160x73,8zł). Jest to kwota 2-krotnie większa niż średnie wynagrodzenie z sektorze przedsiębiorstw oraz blisko 4-krotnie większa niż minimalne wynagrodzenie planowane w 2020r. EoN wskazał, że przewidział rentowność projektu na poziomie 25% w skali całego projektu. Wskazał, że wyliczenia pracochłonności utrzymania zostały oparte o historyczną znajomość części systemów objętych postępowaniem tj. Soprano, Phoenix, Madras oraz o opublikowaną przez Zamawiającego informację na temat ilości błędów zgłoszonych w latach 2018, 2019. Niska liczna błędów świadczy o stabilności systemów.

W dniu 30.01.2020r. Zamawiający wystosował do EoN pismo, wskazując, że cyt. „pozostawiali Państwo w błędzie co do zakresu obowiązków wykonawcy wynikających z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności z powołanych w piśmie Zamawiającego (..)". Ponieważ wezwanie z dnia 9.01.2020r. zostało sformułowane przez Zamawiającego w sposób ogólny, w oparciu o literalne brzmienie przywołanego przepisu, Zamawiający uznał za uzasadnione powtórzenie wezwania i doprecyzowanie stopnia szczegółowości oczekiwanych wyjaśnień.

Zamawiający wezwał ponownie w trybie art.90 ust. 1 a pkt 1 Pzp do wyjaśnień, w tym złożenia stosownych dowodów dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej w postępowaniu, w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp, w szczególności w zakresie kosztów pracy, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, wynikających z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający zaznaczył, że wykonawca ma obowiązek złożyć wyjaśnienia ze wskazaniem na uwarunkowania i obiektywne czynniki oraz załączyć stosowne dowody. Wskazał, że zgodnie z art. 90 ust.2 Pzp wykonawca ma obowiązek wykazania, co oznacza udowodnienia, że cena lub koszt nie jest rażąco niska. Wskazał, że powoływanie się na długoletnie doświadczenie na rynku, pozwalające na optymalizację kosztów zatrudnienia specjalistów, nie poparte żadnymi dowodami, bez wykazania jakie ma przełożenie na cenę oferty, pozostaje jedynie deklarację. Zamawiający wskazał, że wymieniona przez wykonawcę stawka 73,80zł za 1 rbg odbiega znacznie od stawek rynkowych dla specjalistów o wyjątkowych kwalifikacjach, określonych w SIWZ, którzy w liczbie 6 osób mają realizować przedmiotowe zamówienie przez okres co najmniej 3 lat. Wysokość tej stawki jest niższa o ponad 30% od wysokości stawek ustalonych przez Zamawiającego przez rozeznanie rynku, cen usług świadczonych Zamawiającemu, a także wartości innych ofert złożonych w postępowaniu. Podanie wysokości kosztów stanowi jedynie deklarację i nie zostało poparte

żadnymi dowodami. Zamawiający oczekuje, że przedstawiona kalkulacja ujawni czy uwzględniono czynniki wzrostu kosztów i współczynnika inflacji. Zamawiający wskazał, że nie narzuca formy i treści dowodów, natomiast uznaje, że zasadnym byłoby podanie wynagrodzenia dla poszczególnych specjalistów, w szczególności kierownika projektu i programistów, wyjaśnienia na jakiej podstawie będzie wykonawca dysponował specjalistami, informacji o ewentualnym dofinansowaniu stanowiska pracy, dla udowodnienia realności kwot- umowy wstępne ze specjalistami, umowy o pracę, umowy zlecenia, oświadczenia specjalistów o kwalifikacjach.

W odpowiedzi z dnia 4.02.2020r., EoN złożył wyjaśnienia dotyczące kosztów pracy wraz ze stosownymi dowodami (zanonimizowane umowy o pracę z programistami wraz aneksami), które objął tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa EoN wskazał m.in., że okoliczności związane z warunkami wykonywania zamówienia , metodami wykonywania zamówienia, przyjętymi rozwiązaniami biznesowymi, planowaną i założoną alokację kosztów zamówienia, stanowią dla wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Poufność tych informacji ma niezwykle istotne znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności. Istotną wartość gospodarczą stanowią zawarte w wyjaśnieniach informacje na temat polityki wynagrodzeń pracowników wykonujących zadania wymagane opisem przedmiotu zamówienia, tego jak pensje i wynagrodzenia kształtowane są u wykonawcy za wykonywanie konkretnych obowiązków i jakie są różnice wynagrodzeń pomiędzy poszczególnymi stanowiskami i etatami. Ujawnienie tych informacji konkurencji może spowodować Informacje te mają charakter wrażliwy i niejawny i ich odtajnienie powodowałoby szkodę nie tylko wykonawcy, ale także pracowników, którzy nie wyrażają woli ujawniania stawek, jakie uzyskują w ramach umów o pracę. Wskazał, że przekazanie konkurencji przewag biznesowych wykonawcy, może w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy przedkładanie porównywalnych ofert. Strategia budowania ceny i jej elementy składowe spełniają przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór wykonawcy. (..) EoN wskazało, że informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji a wykonawca podjął staranności mające na celu ochronę informacji przed dostępem osób trzecich.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

Izba uznała, że nieskutecznym jest poczynione przez wykonawcę EoN objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa: wykazu osób, wykazu usług oraz wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny z dnia 4.02.2020r.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym 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. Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj.: informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W praktyce można zaobserwować, że obejmowanie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, zawartych w ofertach, które co do zasady mają charakter jawny jest często nadużywane przez wykonawców, którzy zastrzegając takie informacje czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego.

Z przepisu art. 8 ust.3 Pzp wynika, że ustawodawca położył duży nacisk na „wykazanie” czyli uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeganych informacji. Stąd, oceniając skuteczność poczynionego zastrzeżenia Izba bada przede wszystkim uzasadnienie objęcia

tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu usług i wykazu osób złożone przez EoN jest lakoniczne i ogólne. Wykonawca w sposób dość ogólny podał, że informacje zawarte w wykazach mają wartość gospodarczą, bo mają istotny wpływ na budowanie pozycji i konkurencyjności spółki na rynku, są kluczowe z punktu widzenia wykonawcy. Wskazał, iż podjął szereg działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, nie podając jednakże jakie konkretnie działania zostały podjęte i nie załączając żadnych dowodów w tym zakresie.

W ocenie Izby o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób obejmujące wykształcenie i doświadczenie kadry mogą potencjalnie mieć dla wykonawcy pewną wartość gospodarczą, to jednak w tym postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawca EoN nie wykazał, iż taka sytuacja wystąpiła. Zwrócić należy uwagę na fakt, że w wykazie osób, złożonym przez EoN wykonawca podał jedynie ograniczoną ilość informacji: imię i nazwisko, fragmentaryczny opis doświadczenia osób, ograniczający się jedynie do potwierdzenia spełniania wymagań

SIWZ, dane o posiadanym przez wskazane osoby certyfikacie, zgodnym w wymaganiami SIWZ, ogólną nazwę projektu i jego przybliżoną wartość odpowiadającą wymogom SIWZ, okres realizacji projektu zgodny z wymaganym w SIWZ. W większości zatem podane przez wykonawcę w wykazie osób informacje są powtórzeniem wymagań określonych w SIWZ i mają charakter ogólny, nie wskazują pełnego doświadczenia osób, szczegółów realizowanego przez tego osoby projektu czy jego konkretnej wartości. Twierdzenia EoN o rzekomym możliwym „podkupywaniu" pracowników nie zostały w żaden sposób uwiarygodnione.

Odnośnie wykazu usług Izba uznała, że informacje dotyczące: podmiotu na rzecz którego realizowane było zamówienie, okresu trwania wskazanego jedynie w latach, przybliżonej wartości - brak wskazania dokładnych danych, ogólnej nazwy realizowanego zadania, wartości - brak wskazania dokładnych wartości, są niezwykle ogólne i nie są informacjami na tyle wrażliwymi, aby podlegały ochronie. Nie można zgodzić się z twierdzeniami EoN zawartymi w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, że ujawnienie tak ogólnych informacji zawartych w wykazie usług mogłoby doprowadzić do „rozszyfrowania zaplecza technologicznego, organizacyjnego oraz know- how wykonawcy".

Podkreślić także należy, że termin na wykazanie skuteczności zastrzeżenia upływa z chwilą złożenia wyjaśnień, po tym terminie uprawnienie do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wygasa. Tym samym wszelkie późniejsze, na etapie postępowania odwoławczego, wyjaśnienia wykonawcy co do skuteczności poczynionego zastrzeżenia nie mogą być wzięte pod uwagę.

Okoliczność, że inni wykonawcy, w tym Odwołujący, zastrzegli w swych ofertach informacje zawarte w wykazach osób oraz usług, nie dowodzi prawidłowości zastrzeżenia tych informacji przez Przystępującego EoN. Izba rozpoznaje odwołanie jedynie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że kwestia oceny skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazów złożonych przez innych wykonawców, w tym Odwołującego, jako nieobjęta zarzutami tego odwołania nie może być przedmiotem oceny w tym postępowaniu odwoławczym. Ponadto, ocena skuteczności poczynionego zastrzeżenia dokonywana jest ad casum, w konkretnych okolicznościach, z uwzględnieniem uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedstawionego przez wykonawcę.

W ocenie Izby, uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 4.02.2020r. jest niewystarczające i nie tłumaczy poczynionego zastrzeżenia. Wykonawca nie wykazał, na czym konkretnie - w sytuacji ujawnienia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny - miałaby polegać przewaga konkurencyjna innych wykonawców. Nie podał także, w jaki sposób udostępnienie tych informacji mogłoby w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy przedkładanie porównywalnych ofert. Twierdzenia te pozostały gołosłowne.

Zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp informacje dotyczące ceny nie podlegają utajnieniu.
W orzecznictwie podkreśla się, że pojęcie „informacji dotyczących ceny", wskazane w tym przepisie należy interpretować jak najszerzej, w tym także jako sposób kalkulacji kosztów oferty. Izba, uznając brak skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w dniu 4.02.2020r. przez EoN, wzięła pod uwagę przede wszystkim to, że już pierwsze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 14.01.2020r., które wskazywały na pewne założenia sposobu kalkulacji ceny oferty zostały przez Zamawiającego udostępnione wykonawcom. Zauważyć także należy, iż składając pierwsze wyjaśnienia wykonawca EoN nie przedstawił żadnego uzasadnienia co do ochrony podanych w wyjaśnieniach informacji. Skoro elementy wskazane w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny z dnia 4.02.2020r., są jedynie

doprecyzowaniem informacji zawartych w pierwszym, udostępnionym wykonawcom wyjaśnieniu , to nie ma także podstaw do zachowania ich poufności.

Izba uznała za zasadnym twierdzenie Odwołującego, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do niedozwolonego dwukrotnego wezwania wykonawcy EoN w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp w zakresie przedstawienia wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny.

Izba nie zaprzecza, iż istnieje możliwość ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp , jednak - co należy podkreślić - możliwość ta zachodzi wyłącznie, gdy w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca udzielił konkretnych i obszernych wyjaśnień wraz z dowodami, ale mimo to nie wszystkie wątpliwości zamawiającego zostały rozwiane, bądź pojawiły się nowe wątpliwości. Powtórzenie wezwania nie może stanowić tzw. „ratowania" oferty, w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia lakoniczne, ogólne, niekonkretne i nie poparte żadnymi dowodami.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp to wykonawca ma obowiązek wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Winien on zatem dołożyć wszelkiej staranności, oczekiwanej od profesjonalnego wykonawcy, aby już na pierwsze wezwanie w sposób rzetelny i możliwie kompleksowy wyjaśnić okoliczności, które miały wpływ na cenę oferty. W ocenie Izby, w sytuacji złożenia lakonicznych wyjaśnień Zamawiający nie może sugerować wykonawcy, jakie wyjaśnienia i dowody powinien przedstawić wykonawca.

Izba przeanalizowała treść obu wezwań do wyjaśnień z dnia 30.01.2020r oraz 9.01.2020r., skierowanych do EoN i stwierdziła, że oba dotyczyły przedstawienia wyjaśnień w zakresie „kosztów pracy", każde z wezwań wyrażało jasne żądanie złożenia dowodów w tym zakresie. Przy czym, zdaniem Izby, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego oraz wykonawcy EoN, że pierwsze wezwanie z dnia 30.01.2020r. było nieprecyzyjne. Przeciwnie, wskazywało ono w sposób zwięzły, aczkolwiek jasny i precyzyjny na konieczności wyliczenia ceny w zakresie kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę i zawierało żądanie złożenia dowodów. W odpowiedzi z dnia 14.01.2020r. wykonawca EoN przedstawił dość ogólne informacje, powołując się na wieloletnie doświadczenie, praktykę oraz różną lokalizację oddziałów, które to elementy mialy wpływ na optymalizację kosztów oferty. Jednakże wykonawca nie wskazał, jaki konkretnie wpływ na obniżenie ceny, mają wymienione przez niego okoliczności. Załączone tabele w sposób ogólny odnoszą się do założeń kosztów i przychodów w projekcie. Zdaniem Izby, udzielone wyjaśnienia nie są wystarczającą odpowiedzią na konkretnie zadane przez Zamawiającego pytanie o koszty pracy, które są głównym składnikiem cenotwórczym oferty a ponadto nie zawierają żadnych dowodów, potwierdzających możliwości realizacji zamówienia za zaproponowane stawki.

W wezwaniu z dnia 30.01.2020r. Zamawiający w pkt 3 ponownie w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, w szczególności w zakresie „kosztów pracy". W dalszej części pisma Zamawiający poucza wykonawcę o konieczności załączenia dowodów i wynikającym z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązku „wykazania" czyli udowodnienia. Zamawiający niejako „podpowiada" wykonawcy jakich oczekuje dowodów, wymieniając: umowy o prace ze specjalistami czy oświadczenia specjalistów. Jednocześnie w piśmie z dnia 30.01.2020r. Zamawiający zdaje się kontestować złożone przez wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 14.01.2020r.. wskazując, że wymieniona stawka 73.80 za 1 h odbiega znacznie od stawek rynkowych dla specjalistów o wysokich kwalifikacjach, a podanie ogólnej wysokości kosztów nie zostało udowodnione i stanowi jedynie deklarację wykonawcy. Treść wezwania z dnia 30.01.2020r. nie zawiera żadnych innych, nowych okoliczności, które nie byłyby objęte pierwszym wezwaniem, jest ono znów pytaniem o koszty pracy i przede wszystkim wezwaniem do złożenia dowodów, których wykonawca nie przedłożył w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Z tych względów, Izba stwierdziła, że wezwanie z dnia 30.01.2020r. było niedopuszczalne. W konsekwencji, nie można przy ocenie zarzutu rażąco niskiej ceny wziąć pod uwagę wyjaśnień, udzielonych w odpowiedzi na to wezwanie. Zdaniem Izby, uznać należy, że prawidłowo wezwany w dniu 9.01.2020r. wykonawca nie przedłożył na wezwanie Zamawiającego, mimo jego wyraźnego żądania jakichkolwiek dowodów uwiarygadniających przyjęte w ofercie koszty pracy a złożone przez niego wyjaśnienia i tabela ogólnych założeń przychodów i kosztów oraz podane okoliczności mające wpływ na kalkulację ceny oferty są niewystarczające dla uzasadnienia przyjętych w ofercie stawek.

Izba oddaliła zarzuty dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji polegającego, jak wskazywał Odwołujący, na rzekomym przerzuceniu kosztów za usługi prawa opcji do kosztów usług

utrzymania, objętych zamówieniem podstawowym w ofertach Pentacomp oraz EoN. Okoliczność przyjęcia w ofertach wykonawców takich samych stawek za usługi utrzymania i rozwoju w ramach zamówienia podstawowego jak i z zakresie prawa opcji nie dowodzi tego, że doszło do manipulacji cenami. Przede wszystkim należy podkreślić, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów na to, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, nie wskazał nawet którego z czynów nieuczciwej konkurencji mieliby dopuścić się wykonawcy. Odwołujący nie uwiarygodnił twierdzenia, że nie ma możliwości wykonania usług świadczonych ponad 3 lata po złożeniu oferty za taką samą stawkę jak w dniu podpisania umowy.

Niezasadnym jest także twierdzenie Odwołującego co do zaniechania wezwania wykonawcy Pentacomp do udzielenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulowania ceny za opcję.
Jak ustalono wyżej, stawki zaproponowane przez wykonawcę Pentacomp, zarówno za usługi rozwoju i utrzymania jak i za jedną roboczogodzinę nie odbiegają w sposób istotny (różnica o ok. 20% od stawek Odwołującego) od stawek Odwołującego jak i innych wykonawców i nie mogły wzbudzić wątpliwości po stronie Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów w nim zawartych, uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie: wykazu osób, wykazu usług oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 4.02.2020r., a z uwagi na brak wyczerpującego wyjaśnienia elementów, mających wpływ na wysokość ceny - odrzucenie oferty wykonawcy EoN na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: .....