Sygn. akt KIO 508/20

WYROK

z dnia 26 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2020 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - MCX pro sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, QB sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Miasta Sopot, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego - Blue Services sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

   1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego;

   1.2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

   1.3. Uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego w koncepcji realizacji usługi i w wyjaśnieniach z 3 marca 2020 r.;

   1.4. Odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na niezgodność jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

   1.5. Ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 11.100,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i wynagrodzenia

   pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 508/20

Uzasadnienie

Gmina Miasta Sopot (dalej: „Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie platformy oraz aplikacji mobilnej do obsługi programu e-Karta Sopocka", zwane dalej „Postępowaniem".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 30 stycznia 2020 r., pod nr 507886-N-2020.

5 marca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - MCX pro sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, QB sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Blue Services sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (dalej „Wykonawca B").

10 marca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - MCX pro sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, QB sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba" lub „KIO") Odwołanie, w którym zaskarżyli:

1. odrzucenie oferty Odwołującego i wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy B;

2. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B oraz zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób niezasadny zastrzeżonej przez tego wykonawcę;

3. przyznanie Wykonawcy B błędnej liczby punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 Pzp na skutek niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego i bezzasadnego uznania, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy B jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ") lub alternatywnie - art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp na skutek zaniechania wykluczenia Wykonawcy B jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz Systemu Zarządzania Jakością wg PN-EN ISO 9001:2015-10;

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędne przyznanie punktacji Wykonawcy B;

4. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Pzp przez niezasadne respektowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie koncepcji

realizacji usługi leżącej u podstaw przyznania punktacji oraz wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 03.03.2020 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienia zastrzeżonych tajemnicą dokumentów;

3. odrzucenia oferty Wykonawcy B jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie oferowania w Postępowaniu usługi realizowanej przez wykonawcę nie dysponującego Systemem Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz Systemem Zarządzania jakością wg PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikatem na zgodność z tymi systemami, ewentualnie odrzucenie oferty tego wykonawcy jako wykonawcy wykluczonego;

4. powtórzenia oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ujęte w treści SIWZ z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zarzut nr 1 - bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji

Zamawiający - pismem z dnia 06.03.2020 r. - odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Uzasadnienie odrzucenia oferty-wskazuje konkretnie właściwie tylko jedną faktyczną podstawę. Na str. 7 ww. zawiadomienia Zamawiający wskazał, że wprawdzie badał ofertę Odwołującego i uznał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska jednak brak wykazania realności ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia a także transpozycja faktycznych kosztów za wykonanie pakietu rozwojowego do kosztów utrzymania systemu w pierwszym roku rodzi przesłankę do odrzucenia oferty.

Odwołujący kategorycznie zaprzecza jakoby przy kalkulacji ceny doszło do przeniesienia, czy „transpozycji" jakichkolwiek kosztów. Przyczyna takiego rozłożenia kosztów jak zaprezentowane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wynika wprost z postanowień SIWZ oraz z faktycznego momentu poniesienia tego kosztu przez Zamawiającego. Wydaje się, że Zamawiający na potrzeby oceny i badania ofert wywiódł odmiennie niż było to wyrażone w SIWZ, że prace rozwojowe powinny być doliczone do ceny za wykonanie platformy i aplikacji nie zaś do ceny za I rok utrzymania i na podstawie tej bezpodstawnie przyjętej tezy uznał, że to wykonawca jakieś koszty przesunął. Nie jest to zgodne z prawdą. SIWZ nie określała obowiązku, aby koszty pakietu rozwojowego były zaliczone do kosztów wykonania aplikacji. Ponadto, z całą pewnością Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia nie wykazał na czym konkretnie miałoby polegać pokrzywdzenie zarówno Zamawiającego jak i innych wykonawców w takim działaniu. Zamawiający na str. 7 zawiadomienia o odrzuceniu oferty wskazała jedynie, że przeniesienie kosztów pomiędzy pozycjami w ofercie, tj. zaniżenie kosztów przedmiotu zamówienia na rzecz kosztów utrzymania systemu w pierwszym roku jest działaniem na niekorzyść zamawiającego, bowiem w wyniku takiego działania Zamawiający i tak poniósłby znaczne koszty zawarte w cenie utrzymania systemu.

Wydaje się, że argument taki świadczy raczej na korzyść Odwołującego. Zdaje się bowiem, że Zamawiający dostrzega oczywisty fakt, że niezależnie od tego czy cena za pakiet rozwojowy zostałaby doliczona do ceny za przygotowanie aplikacji i platformy (co Zamawiający w SIWZ i w uzasadnieniu z 03.0320 nazywa przedmiotem zamówienia), czy też zostanie doliczona do usług utrzymania systemu za I rok to Zamawiający i tak poniesie takie same koszty. Z punktu widzenia bilansu ekonomicznego zaliczenie kosztów pakietu do tej czy innej „części" jest irrelewantne.

Z kolei co do pokrzywdzenia innych wykonawców Zamawiający również nie wykazał tego w swoim uzasadnieniu stwierdzając jedynie na str. 7 i 8, że cena składowa oferty Odwołującego buduje przewagę nad konkurencją choć nie uzasadnił w jaki sposób miałoby do tego dojść.

Jak wynika z orzecznictwa sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej istotą czynu nieuczciwej konkurencji w związku ze sposobem kalkulowania wynagrodzenia jest

wprowadzenie, przez wykonawcę kosztów lub takiego ich rozłożenia na osi czasu, że nie jest to uzasadnione faktycznym przebiegiem realizacji przedmiotu zamówienia - a więc pozostaje ono w oderwaniu od rzeczywistego ponoszenia przez wykonawcę kosztów przy jego realizacji. Dodatkowo, aby można było mówić o tego rodzaju negatywnym zachowaniu, rodzaj (a więc charakter) wynagrodzenia przewidziany w toku postępowania powinien umożliwiać wykonawcy otrzymanie płatności za niezrealizowane części zamówienia. Z takim przypadkiem będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy podmiot zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, lub gdy jest ono niepodzielne, tj. nie umożliwia wyodrębnienia płatności cząstkowych stosownie do przebiegu procesu i zaawansowania dostaw, usług lub robót budowlanych.

Dla przykładu, klasycznym (modelowym) przykładem manipulowania wynagrodzeniem jest swoiste „kredytowanie" się wykonawcy w pierwszej fazie realizacji przedmiotu zamówienia, pomimo faktu że wartość faktycznie zrealizowanych usług, dostaw lub robót budowalnych w tym początkowym okresie jest znacznie niższa niż kwota wskazana w treści oferty, zaś charakter wynagrodzenia lub określony sposób jego płatności tworzy po stronie wykonawcy roszczenie o jego wypłatę.

Dodatkowo, aby mogło dojść do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp podmiot zamawiający powinien nie tylko powołać się na ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stypizować charakter czynu, ale również i przede wszystkim wskazać w jaki sposób doszło do zagrożenia, bądź naruszenia interesu samego zamawiającego oraz pozostałych wykonawców na skutek niedopuszczalnych działań wykonawcy.

Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wynagrodzenie tego ostatniego jest niższe o 90% od średniej arytmetycznej pozostałych ofert a jednocześnie Zamawiający nie uznał, że posiada ono charakter rażąco niskiej ceny. Oznacza to, że Zamawiający przyjął za uzasadnioną argumentację Odwołującego o sposobie kalkulacji wynagrodzenia, w tym uznał za racjonalne argumenty, że wykonawca dysponuje wdrożonym i istniejącym modułem oprogramowania (aplikacją), dzięki czemu jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Kwestia dostawy aplikacji wynika z treści Rozdziału 2 SIWZ zatytułowanego „Opis przedmiotu zamówienia" (l. „Część ogólna"), gdzie w pkt 6 zostało wskazane, że:

„Wykonawca zobowiązuje się do kompleksowego przygotowania aplikacji:
konsultacje z Zamawiającym w wymiarze zgodnie z punktem 13,
wytworzenie oprogramowania, stworzenie systemu baz danych na serwerze, stworzenie szaty graficznej aplikacji, wdrożenie aplikacji oraz obsługa bieżąca".

Dodatkowo, jak wynika z treści Rozdziału 2 SIWZ, Część I, pkt 7: „Wykonawca będzie zobowiązany do utrzymania aplikacji i wsparcia technicznego do czasu rozwiązania umowy - do dnia 31.12.2023 roku. Z kolei w pkt 8 wskazano, że „Wykonawca zobowiązuje się do rozwoju platformy www i aplikacji mobilnej, na życzenie Zamawiającego, w ramach pakietu rozwojowego, w wymiarze zaproponowanym przez Wykonawcę, w czasie najpóźniej do 31.03.2021".

Oprócz więc dostawy aplikacji i platformy przedmiotem zamówienia jest również usługa rozwoju, której wymiar stanowił kryterium oceny ofert, a która wedle oferty Odwołującego została określona na poziomie 126 godzin. Ponadto przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania - w pierwszym roku oraz w latach następnych. To właśnie zaliczenie kosztów realizacji usługi pakietu rozwojowego do pierwszego roku utrzymania systemu a nie do wykonania aplikacji stanowi, w ocenie Zamawiającego, podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

To czy usługa rozwoju zostanie wykonawcy zlecona zależy od Zamawiającego i dopiero wówczas nastąpi jej faktyczne wykonanie. Z wymagań SIWZ co do terminów realizacji zamówienia wynika, że zamawiający najpierw przewidział wdrożenie aplikacji i platformy, tj. do 31.12.2020 r., natomiast świadczenie pakietu rozwojowego przewidział do 31.03.2021 r.

Na str. 5 SIWZ Zamawiający określił terminy realizacji przedmiotu zamówienia wskazując, że:

1. wykonawca wykona aplikację oraz platformę www w całości najpóźniej do dnia 31.12.2020 r.;

2. wykonawca będzie świadczył usługi w ramach pakietu rozwojowego opisanego w załączniku nr 1 do umowy - Rozdział XIV SIWZ (wzór umowy) - najpóźniej do dnia 31.03.2021 r.;

3. wykonawca będzie świadczył usługi hostingu i serwisu technicznego opisanego w załączniku nr 2 do umowy - Rozdział 14 SIWZ (wzór umowy) - do dnia 31.12.2023 r.

Naturalne jest, że aby prowadzić działania rozwojowe jakiegoś systemu najpierw konieczne jest jego dostarczenie. Nie sposób rozwijać system, którego jeszcze się nie dostarczyło. Logiczne są więc zapisy SIWZ, że do końca 2020 wykonawca wykona aplikację oraz platformę, a do 31.03.2021 r. będzie świadczył usługi pakietu rozwojowego tej aplikacji i platformy.

Uzupełniający do głównego zakresu przedmiotowego pakiet rozwojowy tym zasadniczo różni się od świadczenia głównego, że jego wycena nastąpiła przez przedstawienie kosztu godziny pracy informatyka.

Jak wynika bowiem z § 1 pkt 2 wzoru umów zatytułowanego „Przedmiot umowy": „Dodatkowo przedmiotem umowy jest pakiet rozwojowy aplikacji w wymiarze ... godzin roboczych, na zasadach określonych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy oraz utrzymanie opisane w załączniku nr 2 do niniejszej umowy".

W ocenie Odwołującego o konieczności realizacji usług rozwojowych w I roku utrzymania, jak również w konsekwencji o konieczności wyceny tego typu usług dla tego etapu realizacji przedmiotu zamówienia, świadczą wprost postanowienia wzoru umów.

Jak wynika z treści § 4 wzoru umowy zatytułowanego „Wynagrodzenie i termin wykonania przedmiotu umowy":

„[•••]

1. Z tytułu wykonania aplikacji oraz pakietu rozwojowego, o którym mowa w § 1 ust. 2 i udzielenia licencji, o której mowa w § 5 niniejszej umowy usługi hostingu i serwisu technicznego w pierwszym roku opisanego w załączniku nr 2 do niniejszej umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości ... (słownie ...) brutto.

2. Z tytułu świadczenia usługi hostingu i serwisu technicznego w latach kolejnych aplikacji Zamawiający będzie płacił Wykonawcy wynagrodzenie zryczałtowane w wysokości ... (słownie ...) brutto miesięcznie.

6. Wykonawca zrealizuje przedmiot umowy zgodnie z harmonogramem, o którym mowa w § 2 ust. 1.

11. Protokoły odbioru stwierdzające prawidłowe wykonanie całości lub danego etapu umowy stanowić będą podstawę do wystąpienia faktury VAT (w przypadku płatności za kolejne etapy, suma wystawionych faktur, będzie równa kwocie należności za realizację całości zamówienia). Wynagrodzenie zostanie zapłacone przez Zamawiającego na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT w ciągu 14 dni od daty jej dostarczenia.

[...]".

W SIWZ Zamawiający nie określił wymagania, aby pakiet rozwojowy był wliczony w cenę dostawy aplikacji i systemu.

Ponadto, jak wynika z § 4 wzoru umowy wynagrodzenie zostało określone w dwóch zasadniczych częściach, tj. za: (1) wykonanie aplikacji, pakiet rozwojowy, licencję, hosting, serwis techniczny w pierwszym roku oraz za (2) serwis i hosting w latach kolejnych.

Zamawiający zgrupował więc w § 4 ust. 1 wzoru umowy zarówno cenę za wdrożenie aplikacji, jak i cenę za pakiet rozwojowy oraz utrzymanie w I roku. Dodatkowo, Zamawiający przewiduje w zakresie tej grupy elementów płatność w częściach za dany etap na podstawie harmonogramu opracowanego przez wykonawcę (pkt §4 ust. 6 i 11 wzoru umowy). Wydaje się więc, że w świetle tak skonstruowanej umowy oraz wedle terminarza realizacji zamówienia realizacja w. zależności od harmonogramu może wyglądać następująco:

Najpierw do 31.12.2020 r. nastąpi dostawa aplikacji i odbiór, po którym wykonawca może wystawić fakturę. Następnie od 01.01.2021 do końca roku 2021 będzie biegł termin na utrzymanie systemu w I roku, jak również po odbiorze aplikacji, tj. po 01.01.2021 r. (tj. w pierwszym roku utrzymania) Zamawiający będzie mógł składać zlecenia na usługi z pakietu rozwojowego, które po wykorzystaniu puli 126 godzin (wedle SIWZ nastąpi to w terminie max. do 31.03.2021 r). mogą zostać odebrane i zafakturowane. Ewentualnie,

w drugiej opcji prace rozwojowe, zgodnie z § 4 ust. 1 wzoru umowy mogą zostać odebrane wraz z odbiorem za usługę utrzymania w I roku, która dobiegnie końca w dniu 31.12.2021 r.

Niezależnie od przyjętej opcji rozliczenia zamawiający poniesie koszt związany z realizacją usług rozwojowych nie w momencie wdrożenia aplikacji a w I roku utrzymania albo po upływie I roku utrzymania. Sam fakt wskazania dla pierwszego roku utrzymania systemu prac rozwojowych nie świadczy o żadnym „kredytowaniu" wykonawcy, czy też otrzymywaniu jakichkolwiek nienależnych płatności, wręcz przeciwnie, będą to płatności wykonane po realizacji usług w momencie ich odbioru. Nie zmieniłoby ogólnego bilansu ekonomicznego oferty gdyby Odwołujący wliczył cenę za pakiet rozwojowy do ceny za aplikację a Zamawiający nie ma racji twierdząc w uzasadnieniu odrzucenia, że obowiązkowe było takie ujęcie ceny pakietu rozwojowego. Odwołujący dodał, że nawet przy doliczeniu pakietu rozwojowego do kosztów utrzymania w I roku całkowity koszt poniesiony przez Zamawiającego związany z realizacją wszystkich usług wynikających z opisu przedmiotu zamówienia przez Odwołującego jest najniższy ze wszystkich złożonych ofert. Nie ma więc mowy o jakiejkolwiek stracie Zamawiającego, wręcz przeciwnie.

Oznacza to, że Zamawiający, podejmując w dniu 06.03.2020 r. decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, oparł ją na błędnych założeniach faktycznych, nie uwzględniających kształtu opracowanego przez siebie wzoru umowy oraz treści SIWZ.

Zarzut nr 2 - System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz System Zarządzania Jakością wg PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikat na zgodność z tymi systemami

Zamawiający w Rozdziale 3 ust. 3a) pkt 3 określił następujący wymóg:

„Wykonawca spełni warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej jeżeli wykaże, że [pkt 3] Zamawiający wymaga by Wykonawca posiadał wdrożony System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji co najmniej talu jak PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz System Zarządzania Jakością co najmniej taki jak PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikat na zgodność z tymi systemami.

Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Poprzez zwrot „równoważne" Zamawiający rozumie certyfikat wystawiony przez uprawniony niezależny podmiot, który to certyfikat potwierdza spełnienie normy charakteryzującej się cechami właściwymi dla normy wymienionej przez Zamawiającego".

Z kolei w Rozdziale 4 SIWZ zatytułowanym: „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału" Zamawiający wskazał, że:

„[•••]

3.2. W zakresie wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 3, ust. 3:

3) w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego Zamawiający wymaga by Wykonawca przedłożył zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez Wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości.

Zamawiający wymaga by Wykonawca posiadał wdrożony System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji co najmniej taki jak PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz System Zarządzania Jakością co najmniej taki jak PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikat na zgodność z tymi systemami.

Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Poprzez zwrot „równoważne" Zamawiający rozumie certyfikat wystawiony przez uprawniony niezależny podmiot,

który to certyfikat potwierdza spełnienie normy charakteryzującej się cechami właściwymi dla normy wymienionej przez Zamawiającego.

[...]".

Następnie, w Rozdziale 11 SIWZ zatytułowanym „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego" Zamawiający wskazał, że:

„[•••]

2. Przed podpisaniem umowy Wykonawca, którego oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą, zobowiązany będzie do przedłożenia Zamawiającemu (...):

3) dokumentu potwierdzającego posiadanie wdrożonego Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz System Zarządzania jakością wg PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikat na zgodność z tymi systemami.

[...]".

W ocenie Odwołującego oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z Rozdziałem 4 ust. 3.2. pkt 3 SIWZ oraz Rozdziałem 11 pkt 2 ust. 3 SIWZ, gdyż wykonawca nie posiada wdrożonego Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz Systemu Zarządzania Jakością wg PN- EN ISO 9001:2015-10.

Zdaniem Odwołującego wskazane powyżej wymogi mają charakter przedmiotowy, tj. odnoszą się do przedmiotu zamówienia - usługi, która ma zostać wykonana na etapie realizacji umowy. Jednocześnie nie można pominąć, że Zamawiający zaprezentował pewien dualizm. Z jednej strony ustanowił wskazany wyżej wymóg przedmiotowy posiadania ww. systemów zarządzania (Rozdział 4 i 11 SIWZ), a z drugiej określił wymóg posiadania przez wykonawcę wskazanych wyżej systemów bezpieczeństwa i systemów zarządzania jakością również stosując systematykę jakoby był to warunek udziału w Postępowaniu (zapis cytowany wyżej w Rozdziale 3 SIWZ).

Jedynie w sferze domysłów można postawić tezę, że u podstaw takiej konstrukcji legło być może pytanie nr 2 zadane przez wykonawcę, opublikowane dnia 06.02.2020 r. Zamawiający pierwotnie ustanowił jedynie wymóg złożenia dokumentu na potwierdzenie, że usługi spełniają wymagania zamawiającego w postaci zaświadczeń dla systemu bezpieczeństwa i systemu zarządzania jakością. Zamawiający słusznie, jak się wydaje, nie ustanowił wówczas warunku udziału w Postępowaniu w tym zakresie, co potwierdza tezę, że wymóg złożenia stosownych certyfikatów miał mieć jedynie wymiar przedmiotowy i nie miał stanowić warunku udziału w Postępowaniu.

Natomiast w pytaniu nr 2 opublikowanym 06.02.2020 wykonawca zapytał:

„W Rozdziale 3 ust. 3 Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający postawił wymagania, które odnoszą się do zrealizowanych projektów (tj. trzech projektów o wartości powyżej 1,5 mln zł brutto, oraz jednego spełniającego kryteria WCAF 2.0 lub 2.1), posiadania osoby o określonych kwalifikacjach oraz posiadania odpowiedniego ubezpieczenia.
Natomiast w rozdziale 4 ust. 3 pkt 3.2 określone zostały dokumenty, które mają potwierdzać spełnienie wymagań, o których mowa w Rozdziale 3 ust 3. Prosimy o usuniecie zapisu zawartego w rozdziale 4 ust. 3 pkt 3.2 ppkt 3) mówiącego o konieczności posiadania przez Wykonawcę wdrożonego Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz Systemu Zarządzania Jakością wg PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikat na zgodność z tymi systemami, gdyż tak wdrożone systemy lub posiadane certyfikaty nie potwierdzają warunków udziału w postępowaniu opisanych w Rozdziale 3 ust. 3 niniejszego postępowania. Wydaje się natomiast zasadnym, że zamawiający może zażądać od Wykonawcy przedstawienia odpowiedniej polisy ubezpieczeniowej potwierdzającej spełnienie wymagań, o których mowa w Rozdziale 3 ust 3. pkt b)".

W wyniku ww. pytania Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w dniu 06.02.2020 r., tj. ustanowił wskazany wyżej warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w postaci postanowienia Rozdziału 3 ust. 3a pkt 3. Wydaje się więc, że Zamawiający niewłaściwie odczytał intencję wykonawcy, który domagając się usunięcia wymogu co do posiadania wdrożonego systemu bezpieczeństwa czy też systemu zarządzania

jasno wskazał, że nie stanowi on warunku udziału w Postępowaniu.

Wobec tak sformułowanej treści SIWZ wykonawcy złożyli oferty.

W ramach złożonej przez Wykonawcę B oferty znalazło się oświadczenie, że będzie polegał na potencjale i doświadczeniu ATM S.A. z siedzibą w Warszawie („Wykonawca A") w następującym zakresie:

a) Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji wg PN-ISO/IEC 27001:2013 w zakresie: Dostarczenie i utrzymywanie usług telekomunikacyjnych oraz usług centrum danych, w tym transmisji danych, dostępu do Internetu, kolokacji, hostingu, a także usług serwerów dedykowanych i chmury obliczeniowej zgodnie z Deklaracją Stosowania wersja 10 z dnia 20/05/2019;

b) System Zarządzania Jakością wg PN-EN ISO 9001:2015-10 w zakresie: Dostarczenie i utrzymywanie usług telekomunikacyjnych oraz usług centrum danych, w tym transmisji danych, dostępu do Internetu, kolokacji, hostingu, a także usług serwerów dedykowanych i chmury obliczeniowej.

W tym miejscu należy wskazać, po pierwsze, że jeżeli przyjmiemy, że określony w treści SIWZ wymóg odnoszący się do Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji oraz Systemu Zarządzania Jakością ma charakter przedmiotowy i odnosi się do oferowanego zakresu świadczenia brak jest możliwości wykorzystania w tym zakresie instytucji uregulowanej w treści art. 22a ust. 1 Pzp. Regulacja ta umożliwia powołanie się na potencjał innych podmiotów jedynie celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie służy ona „uzupełnianiu" właściwości zaoferowanego świadczenia a tak, w ocenie Odwołującego, należałoby rozumieć, przywołane wyżej określenia Rozdziału 4 SIWZ pkt 3.2.3. Użyte tam pojęcie „w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego" jest tożsame z pojęciami użytymi w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, które referują do dokumentów przedmiotowych (dotyczących oferowanych usług, dostaw lub robót budowlanych). Tym samym „właściwości" przedmiotu oferty nie mogą być przez wykonawcę „uzupełniane" na mocy instytucji uregulowanej w art. 22a ust. 1 Pzp. Co więcej, za uznaniem, że wymóg posiadania stosownych systemów bezpieczeństwu i zarządzania jakością jest wymogiem przedmiotowym świadczy nie tylko treść SIWZ w Roz. 4 pkt 3.2. ust. 3 i Roz. 11, zgodnie z którymi zamawiający żądał złożenia zaświadczeń w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, ale również wskazuje na to treść Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów' jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego („Rozporządzenie"). Zgodnie z § 2 ust. 4 Rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać określonych dokumentów, których katalog jest zamknięty i nie ma wśród nich zaświadczeń niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczeniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości. Natomiast możliwość żądania ww. dokumentów daje § 13 ust. 1 pkt 4 ww. Rozporządzenia, który stanowi, że dokument ten jest żądany w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Definitywnie więc żądanie złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu w zakresie bezpieczeństwa informacji czy też systemu zarządzania jakością odnosi się do kategorii dokumentów przedmiotowych, których użyczanie nie jest dozwolone w ustawie Pzp.

Po wtóre, nawet gdyby uznać, że w odniesieniu do Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji oraz Systemu Zarządzania Jakością Zamawiający sformułował jedynie warunek udziału w Postępowaniu nie ma możliwości udostępnienia wykonawcy potencjału w tym zakresie. Systemy te są bowiem ściśle przypisane określonemu podmiotowi i niemożliwe jest niejako „oderwanie ich" od podmiotu, któremu zostały przypisane po przeprowadzeniu żmudnej i restrykcyjnej procedury certyfikacyjnej. Ich przeniesienie na inny podmiot w wyniku udostępnienie wymagałoby przeprowadzenia procesu certyfikacji od nowa dla kolejnego podmiotu. Nawet przy takim podejściu należy podkreślić, że czym innym od regulacji Roz. 3 jest wymóg zawarty w Roz. 4 ust. 3.2 pkt 3 dotyczący złożenia zaświadczeń dotyczących systemów zarządzania, który został postawiony w literalnie określonym celu, tj. na potwierdzenie, że usługi stanowiące przedmiot zamówienia spełniają wymogi zamawiającego, a więc wymóg ten jest niezależnym od warunków udziału w Postępowaniu wymogiem i ma charakter stricte przedmiotowy. Wobec tego ocena ofert powinna zostać dokonana z jego uwzględnieniem wobec wszystkich wykonawców. Zamawiający żądał bowiem, aby „Wykonawca przedłożył zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez Wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości". Zamawiający określił wprost, że ma to być poświadczenie spełniania przez wykonawcę określonych norm jakości a nie jakiekolwiek poświadczenie np. dotyczące podmiotu trzeciego,

(podkreślenie Odwołującego)

Dodatkowo należy również zauważyć, że podmiot trzeci posiadający zaświadczenie podmiotu niezależnego w zakresie systemów zarządzania zobowiązał, się do wykonania zamówienia w bardzo wąskim zakresie, tj. w zakresie kolokacji i łączy internetowych. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest stworzenie platformy www do obsługi Programu e-Karta Sopocka i aplikacji mobilnej działającej na urządzeniach przenośnych oraz systemu który będzie je integrował i zabezpieczał bazę danych należy stwierdzić, że usługa kolokacji serwerów i zapewnienia łączy internetowych jest jedynie usługą dodatkową do zasadniczego zadania.

Co więcej, należy wskazać, że nawet gdyby uznać możliwość użyczenia potencjału w tym zakresie, to należałoby stwierdzić, że złożone zobowiązanie Wykonawcy A nie zapewnia realizmu przekazania potencjału. Po pierwsze wynika to z faktu zbyt wąskiego zakresu świadczonych usług przez podmiot trzeci w stosunku do przedmiotu zamówienia a po drugie z uwagi na to, że podmiot ten w ogóle nie wskazał jaka będzie podstawa współpracy z wykonawcą - nie zobowiązał się do realizacji przedmiotu zamówienia, nie wskazał, że podstawą współpracy będzie podwykonawstwo.

Wobec tego, że projektowana platforma jako system informatyczny będzie dedykowana do obsługi, mieszkańców to zasadnicze znaczenie ma czy wykonawca projektujący ten system i prowadzący jego utrzymanie jest certyfikowany na okoliczność bezpieczeństwa danych oraz czy posiada certyfikację w zakresie procesów jakościowych. To bowiem projektowanie i utrzymanie systemu stanowi zasadniczy element przedmiotu zamówienia gdyż te usługi związane są z bezpośrednim dostępem osób zaangażowanych do danych identyfikacyjnych mieszkańców a więc danych objętych ochroną. Posiadanie wdrożonych systemów bezpieczeństwa danych przez podmiot zajmujący się kolokacją i łączami jest więc kwestią wtórną.

Z tego więc powodu nawet gdyby uznać wymóg posiadania poświadczenia systemów zarządzania jedynie jako „użyczalny" wymóg o charakterze warunku udziału w Postępowaniu, to w świetle złożonej w ofercie dokumentacji nie wykazano, jakoby przekazanie potencjału miałoby charakter realny i byłoby możliwe. Konkluzją Zamawiającego powinno być więc uznanie, że wykonawca nie spełnia tego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w toku ponownej oceny ofert wezwał, pismem z dnia 27.02.2020 r., Wykonawcę B do wyjaśnienia ww. okoliczności. Ponieważ wykonawca dokonał utajnienia złożonych wyjaśnień Odwołujący nie ma wiedzy na temat tego w jaki sposób uzasadniał spełnianie wymogów SIWZ.

Odwołujący wnosi jednocześnie o dokonanie analizy własnej złożonych wyjaśnień przez Izbę oraz wnosi o uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 8 Pzp w tym zakresie.

Zarzut nr 3 - błędna ocena ofert w oparciu o kryteria pozacenowe w zakresie kryterium

2, tj. SLA

Zamawiający w treści SIWZ w następujący sposób określił zasady przyznawania punktacji w ramach oceny w oparciu o kryteria pozacenowe:

„[•••]

Rozdział 10

Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert

Dokonując wyboru oferty Zamawiający będzie kierował się kryteriami oceny ofert wg podanych niżej zasad:
1. Oceniane kryteria i ich wagi (tabela):

Kryterium z Pkt 2 tabeli SLA

Maksymalnie w tym podkryterium Wykonawca może otrzymać 2 punkty (2%).

Punkty przyznane będą wg następującej zasady:

2 punkty - otrzyma oferta Wykonawcy oferującego minimalne czasy reakcji krótsze od wymaganych przez Zamawiającego w poniżej wyspecyfikowanych podkategoriach,

0 punktów - otrzyma oferta lub oferty, w których w którymkolwiek z podkryteriów czasy reakcji stanowiące minimalne poziomy wymagane przez Zamawiającego są równe bądź zostaną przekroczone.

Jak wynika z oferty Wykonawcy B (str. 6) wykonawca ten, w poz. 2.2.6 i 2.2.8, wpisał „nie dotyczy". Wykonawca B nie określił więc w ile godzin dokona usunięcia błędy czy usterki w nocy. Zamawiający wobec tego powinien przyznać w tym kryterium 0 pkt, a to z uwagi na to że minimalne czasy reakcji wskazane w ofercie, nie są krótsze od wymaganych dla pkt 2.2.6. 2.2.8.

Natomiast jak wynika z zawiadomienia o wyborze oferty Zamawiający przyznał Wykonawcy B 2 pkt. Co bardziej rażące Zamawiający w kolumnie nr 8 tabeli na str. 4 zawiadomienia z dnia 06.03.20 r. wpisał w poz. 2.2.6 i 2.2.8 liczby godzin niezgodne z zapisem oferty, tj. „nie dotyczy". Dla pozycji 2.2.6 Zamawiający wpisał 24 godziny, a w pkt 2.2.8 wpisał 48 godzin. Nie jest wiadome na jakiej podstawie Zamawiający ustalił takie dane. Należy uznać, że wobec tego Zamawiający błędnie przyznał 2 punkty w tym kryterium, co narusza wskazane w petitum przepisy.

Powyższe oznacza, że Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert zastosował mierniki i wartości punktowe subiektywne, a więc zapewne nie przewidziane treścią SIWZ. Już tylko z tego powodu winno dojść do zakwestionowania przez Izbę takiego sposobu oceny i wzruszenia wadliwej czynności ustalenia rankingu złożonych w postępowaniu ofert jako naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców.

Zarzut nr 4 — bezpodstawne respektowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia dokumentu koncepcji oraz złożonych wraz z ofertą wykazów jako tajemnicy przedsiębiorstwa

Na str. 75 oferty Wykonawcy B znalazło się uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej części zastrzeżeń zostały wskazane ogólne informacje odnoszące się do regulacji prawnych oraz orzecznictwa. W zakresie załącznika nr 1 do oferty (koncepcja realizacji usługi) Wykonawca B. wskazał w 10 wierszach, że:
„Informacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa zawarta w Załączniku nr 1 do oferty wykonalnej dotycząca koncepcji proponowanego rozwiązania dotyczy ,,know-how" Wykonawcy. Należy podkreślić, że informacje te zostały opracowane na potrzeby konkretnego postępowania w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań zamawiającego. Są to zatem, w pewnym stopniu informacje niepowtarzalne, różne w każdym postępowaniu. Przedstawiona koncepcja posiada wartość gospodarczą dla Wykonawcy, co do której Wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie tej informacji w poufności. Przygotowanie niestandardowych rozwiązań technicznych i technologicznych wymaga skorzystania z unikalnej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy. Umiejętności odpowiedniego zaprojektowania rozwiązania, którego oczekuje Zamawiający, także minimalizujących koszty świadczonych usług jest wartością decydującą o pozycji Wykonawcy na rynku usług informatycznych".

W dalszej części zastrzeżeń Wykonawca B wskazał, co następuje.

„Wykonawca podjął stosowne działania w celu zachowania poufności przedmiotowej informacji, w szczególności dokonał stosownego zastrzeżenia w ofercie oraz umowach z kontrahentami, których informacje te dotyczą, pracownicy Wykonawcy posiadający dostęp do zastrzeżonej informacji mają odpowiednie klauzule poufnościowe w swoich umowach. W Spółce zastosowano również szereg innych środków technicznych i organizacyjnych w celu zapobieżenia ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności ochronę siedziby firny i ochronę systemów komputerowych".

Odwołujący wskazuje, że przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia pozostaje na wysokim stopniu ogólności, jest lakoniczne i dotyczy dokumentu, który posiada jedynie kilka stron swojej treści (koncepcja). Zastrzeżenie to ma charakter blankietowy i mogłoby zostać de facto wykorzystane przez dowolnego wykonawcę, w dowolnym postępowaniu i w odniesieniu do niemal każdego przedmiotu zamówienia oraz dokumentu koncepcji jego wykonania. Taka sama sytuacja występuje także w przypadku dołączonych do oferty wykazów usług i osób. Dodatkowo wykonawca winien wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stosownie do treści art. 8 ust. 3 zd. 1 Pzp. Jeżeli zatem Wykonawca B

powołuje się na określone fakty w swoich zastrzeżeniach, powinien przedstawić dowody, że fakty te mają miejsce.

Zastrzeżenie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 Pzp, powinno być interpretowane w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania o zamówienie publiczne. Jednocześnie, zgodnie ze wskazanym przepisem, wraz z zastrzeżeniem informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zastrzeżone w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Obowiązek ten wiąże się z podjęciem działań niezbędnych w celu zachowania informacji w poufności, stanowi zatem wypełnienie wymogu z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaniedbanie takiego obowiązku, uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów, w efekcie zatem zaniedbanie wykazania przez wykonawcę w momencie wskazanym w art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadzi do nieskuteczności takiego zastrzeżenia. Uchybienie ww. obowiązkowi zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania poufności zastrzeżonych w ofercie informacji.

Podobnie sytuacja wygląda jeśli idzie o utajnienie wyjaśnień z dnia 03.03.2020 r. Wykonawca B nie dość, że nie wykazał, że wyjaśnienia mają charakter gospodarczy to jeszcze nie wskazał jak mógłby ponieść szkodę na skutek ujawnienia tego wyjaśnienia. Należy wziąć tu pod uwagę, że zarówno zobowiązanie podmiotu trzeciego jak i certyfikaty są jawne i Odwołujący ma do nich wgląd.

Mając na uwadze powyższe poczynione przez Wykonawcę B zastrzeżenie uznać należy za pozbawione doniosłości prawnej, a więc za bezskuteczne, co doprowadziło do sytuacji, że respektowanie tego zastrzeżenia przez Zamawiającego stanowi naruszenie wskazanych na wstępie odwołania przepisów Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca B, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy B (dalej również „Przystępujący") do postępowania odwoławczego.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia Wykonawca B przedstawił niżej wskazaną argumentację.

Zarzut nr 1

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że oferta ta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż pomimo, że całość zaproponowanej przez Odwołującego ceny nie stanowi rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, to narusza ona interes Zamawiającego i pozostałych oferentów. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego: „Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami składowymi w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i nadzwyczajnie wysoka z tytułu kosztu utrzymania systemu, zaś z drugiej strony cena nierynkowa i nadzwyczajnie niska za wykonanie zamówienia podstawowego ma więc na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, lecz wykorzystanie bilansu przyjętego systemu kwalifikacji kosztów ze szkodą zarówno dla Zamawiającego jak i innych Wykonawców".

A. Manipulacja cenami składowymi w celu eliminacji konkurencji - czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 Znk

Jak szeroko wskazuje się w doktrynie, art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „Znk") ma dwa możliwe zakresy normowania. Po pierwsze stanowi samodzielną podstawę ustalenia, że przy spełnieniu określonych przesłanek dany podmiot popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Po drugie wskazuje się (choć jest to stanowisko mniejszościowe), że aby uznać poszczególne stypizowane w dalszych przepisach ustawy czyny za czyny nieuczciwej konkurencji - muszą one również wypełniać znamiona z przepisu ogólnego, tj. art. 3 ust. 1 Znk. W niniejszym przypadku Zamawiający uznał, że działanie Odwołujących naruszało właśnie przepis ogólny, w ramach którego wobec jasnego brzmienia orzeczeń KIO przywołanych w uzasadnieniu odrzucenia, można mówić już o szeroko opisanym czynie nieuczciwej konkurencji, podobnie jak w przypadku np. pasożytniczego korzystania z renomy. Zatem Zamawiający nie miał obowiązku wskazywać typu czynu z rozdziału 2 Znk.

Po drugie zaś, wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający w piśmie z dnia 6 marca 2020 r. wyraźnie i precyzyjnie wskazał, na czym polega naruszenie interesu Zamawiającego oraz pozostałych oferentów. Zamawiający stwierdził, że „Cena składowa jest w tym przypadku elementem strategii biznesowej, która w rezultacie buduje przewagę nad konkurencją, tą która rzetelnie liczy koszty, przy tych samych założeniach przedstawionych przez Zamawiającego w zamówieniu. Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami składowymi w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i nadzwyczajnie wysoka z tytułu kosztu utrzymania systemu, zaś z drugiej strony cena nierynkowa i nadzwyczajnie niska za wykonanie zamówienia podstawowego ma więc na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, lecz wykorzystanie bilansu przyjętego systemu kwalifikacji kosztów ze szkodą zarówno dla Zamawiającego jak i innych Wykonawców. Takie działania naruszają także dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do faktycznych kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą."

Zamawiający uzasadnił powyższe stanowisko przywołując fragmenty orzecznictwa mówiącego, że manipulacja ceną ma bezpośredni wpływ na klasyfikację wykonawców, tj. przyznaną punktację. Zgodnie z tabelą dotyczącą przyznanej punktacji poszczególnym wykonawcom, którą Zamawiający przedstawił w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2020 r., oferta Odwołującego otrzymała 25 punktów w zakresie kryterium „Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia", co stanowi maksymalną liczbę punktów możliwą do osiągnięcia w tym kryterium (Przystępujący otrzymał 2,14 pkt).

Wykazana przez Zamawiającego manipulacja ceną przez Odwołującego spowodowała, że Wykonawca B otrzymał znikomą liczbę punktów przy rzetelnej wycenie uwzględniającej prace obejmujące stworzenie platformy www i aplikacji mobilnej wraz z godzinami prac rozwojowych. Taki sposób kalkulacji był w przekonaniu Przystępującego wymagany przez Zamawiającego. Przyjmując sposób kalkulacji Odwołującego cena zaoferowana przez Wykonawcę B w zakresie kryterium „Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia" byłaby znacznie niższa, a przyznana punktacja znacznie wyższa, przy czym byłoby to niezgodne z wymaganiami SIWZ. T akie rozumienie SIWZ potwierdza również trzecia z ofert, tj. oferta wykonawcy Cybercom.

Zamawiający w „Zawiadomieniu o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty" z dnia 6 marca 2020 r. uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wykazał (na podstawie złożonych uprzednio przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących kalkulacji cen w poszczególnych kryteriach), że Odwołujący dopuścił się przeniesienia kosztów zamówienia pomiędzy pozycjami w przedmiotowej ofercie, tj. zaniżenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia na rzecz kosztów utrzymania systemu w pierwszym roku. Zatem z jednej strony zaniżył (poniżej kosztów wytworzenia) cenę za wykonanie platformy i aplikacji mobilnej a z drugiej strony w sposób nie uzasadniony zawyżył koszt utrzymania, doliczając do niego koszt 126 godzin prac rozwojowych (których Zamawiający może nawet nie zlecić). Być może w rozumieniu Odwołującego wykonane w pierwszym etapie miałoby być oprogramowaniem generycznym, które w wyniku przeprowadzenia prac rozwojowych miałoby być dopiero dopasowywane do większości wymagań Zamawiającego, jednak 126 godzin takich prac nie byłoby wystarczające.

Co więcej, należy wskazać, że Odwołujące błędnie przyjmują, że: „SIWZ nie określa obowiązku, aby koszty pakietu rozwojowego były zaliczone do kosztów wykonania aplikacji". Owszem, nie jest to wprost wskazane w SIWZ, ale po pierwsze we wzorcu umowy (będącym załącznikiem do SIWZ, w § 1 ust. 2 widnieje postanowienie, że „Dodatkowo

przedmiotem Umowy jest pakiet rozwojowy aplikacji w wymiarze ..... godzin roboczych,

na zasadach określonych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy oraz utrzymanie opisane w załączniku nr 2 do niniejszej umowy." We wspomnianym Załączniku nr 2 do umowy Zamawiający precyzyjnie określa zakres utrzymania. Prace rozwojowe nie mogą tym samym być uwzględniane jako utrzymanie i skalkulowane w ramach „kosztu utrzymania systemu w pierwszym roku".

Wg. standardów rynkowych i wiedzy Przystępującego za utrzymanie systemu uznaje się ogół czynności wykonywanych w celu niezawodnej i wydajnej eksploatacji systemu informatycznego obejmujące takie prace jak: ciągłość działania systemu, monitoring 24/7, wsparcie klienta, hosting, zapewnienie wysokie wydajności systemu, koszt utrzymania domen i certyfikatów bezpieczeństwa, zapewnienie bezpieczeństwa powierzenia danych w tym ochrony danych osobowych, backup plików, ew. udostepnienie infrastruktury serwerowej. Jak pokazuje wieloletnie doświadczenie Zgłaszającej przystąpienie, z uwagi na fakt, że na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności rozwiązania

informatycznego, dany zamawiający nie zawsze jest w stanie przewidzieć wszystkie aspekty realizacji. W związku z tym Zamawiający słusznie założył konieczność uwzględnienia prac rozwojowych na wypadek, gdyby koncepcja rozwiązania, zakres funkcjonalności bądź integracji musiały ulec modyfikacjom. Z samego zatem charakteru tych prac należy uznać, że są to prace polegające na wytworzeniu oprogramowania, zatem nie należy ich wyceniać jako utrzymanie oprogramowania.

Wykonawca B podkreślił następnie, że wyjaśnienia Odwołującego odnośnie wliczenia kosztu prac rozwojowych do kosztów utrzymania za okres I-III 2021 lub nawet alternatywnie I-XII 2021 z uwagi na to, że wtedy rzekomo te koszty mają zostać poniesione jest o tyle błędna, że koszt ten stanowił odrębnie od utrzymania ocenianą pozycję w kryterium cenowym. Nadto, koszt ten wcale nie musi zaistnieć, jest li tylko potencjalnym kosztem w wypadku, gdy Zamawiający zleci takie prace, a nawet jeżeli zleci to wymiar nie musi osiągnąć maksymalnego wymiaru. Słusznie zatem Zamawiający stwierdził, że taka operacja stanowiła nieuzasadnione zwiększenie kosztów utrzymania, kosztem wykonania oprogramowania - mające na celu wykorzystanie matematycznych wag kryteriów oceny ofert i doprowadziła do naruszenia interesów pozostałych oferentów, czego zabrania art. 3 Znk.
Interesem pozostałych oferentów jest zaś wybór ich ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy prawidłowym, niemanipulacyjnym ukształtowaniu oferty, również przez pozostałych oferentów.

B. Zaniżenie ceny wytworzenia oprogramowania poniżej kosztów wytworzenia - czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk - cena dumpingowa

Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest tak, że z punktu widzenia bilansu ekonomicznego zaliczenie kosztów pakietu jest do tej czy innej części jest irrelewantne. Jak trafnie wskazał Zamawiający - działanie takie (pomimo niemożności uznania całości ceny za rażąco niską) nie mogło zostać zaakceptowane, gdyż stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 Znk.

Uzupełniając stanowisko Zamawiającego należałoby wskazać, że zgodnie z brzmieniem art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 Znk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez m.in. sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W tym miejscu należy wskazać, że zaproponowana cena za wykonanie aplikacji o wymaganiach określonych w SIWZ jest drastycznie niska i należy ocenić ją jako cenę dumpingową w rozumieniu tej ustawy.

Jak wskazał Zamawiający cena za wykonanie platformy i aplikacji mobilnej zaproponowana przez Odwołującego była średnio o ponad 90% niższa niż pozostałe oferty. Zamawiający w SIWZ wskazał, że platforma oraz aplikacja mają być wykonane na potrzeby Postępowania i dodatkowo ma zostać na nie udzielona licencja. Nie jest zatem prawidłowe stanowisko Odwołującego, że do postępowania przewidział przedstawienie do odbioru wykonanej już przez siebie platformy i aplikacji, ergo cena zaproponowana cena za wykonanie platformy i aplikacji jest tak niska. Jest to cena poniżej kosztów wytworzenia takiej platformy i aplikacji i jej zaproponowanie miało na celu eliminację pozostałych oferentów z postępowania (co pokrywa się po prostu z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), jednak nie można go było uznać za działanie prawidłowe. W konsekwencji złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji przez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez zaproponowanie ceny poniżej kosztów wytworzenia w celu eliminacji pozostałych oferentów i należało ją odrzucić również na tej podstawie.

C. Nieuzasadnione posługiwanie się kryteriami rażąco niskiej ceny w stosunku do czynu nieuczciwej konkurencji

Zdaniem Wykonawcy B Odwołujący z niezrozumiałych przyczyn upatruje swojej korzyści w tym, że Zamawiający nie odrzucił jego oferty z tytułu rażąco niskiej ceny. Dodatkowo nieprawidłowo uznaje, że skoro całościowo cena nie stanowiła ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i ostatecznie nie budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów - to oferta nie mogła stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Inne są jednak kryteria ocen obu kategorii naruszeń i nie należy ich mieszać.

Ponadto Odwołujący pomija milczeniem fakt, że owo „kredytowanie” się może zadziałać zarówno na pierwszym jak i na ostatnim etapie wykonania zamówienia. W ocenie Przystępującego takie kredytowanie ma miejsce w tym przypadku, tylko na późniejszym

etapie. „Kredyt” bowiem nie jest zaciągnięty z etapu wykonania platformy i aplikacji - a z etapu utrzymania, co Zamawiający słusznie uznał za działanie nieprawidłowe i sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Zarzut nr 2

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 lub 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Przystępujący stanął na stanowisku, że wymaganie posiadania certyfikatów System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji co najmniej taki jak PN-ISO/IEC 2700L:-2074-l2 oraz System Zarządzania Jakością co najmniej taki jak PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikat na zgodność z tymi systemami stanowiło warunek udziału w Postępowaniu. Wynika to z wprowadzonej zmiany SIWZ na skutek opisanego przez Odwołującego pytania. Zatem Wykonawca B mógł wskazać, że będzie polegać na zdolnościach zawodowych lub sytuacji finansowo-ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych jeżeli (w odniesieniu do warunków dotyczących zdolności zawodowej) podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp).

Ponadto w rozdziale 4 pkt 4 SIWZ Zamawiający wskazuje: „Jeżeli wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (o których mowa w Rozdziale 3, ust. 3) polega na zasobach innych podmiotów wówczas zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów Wskazany Rozdział 3 ust. 3 dotyczy między innymi certyfikatów. Tak skonstruowane postanowienia SIWZ Przystępujący odczytał, że w zakresie certyfikatów może polegać na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący nie ma racji twierdząc, że: „nawet gdyby uznać, że w odniesieniu do Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji oraz Systemu Zarządzania Jakością Zamawiający sformułował jedynie warunek udziału w postępowaniu brak jest możliwości udostępnienia wykonawcy potencjału w tym zakresie. Systemy te są bowiem ściśle przypisane określonemu podmiotowi i niemożliwe jest niejako „oderwanie ich” od podmiotu, któremu zostały przypisane po przeprowadzeniu żmudnej i restrykcyjnej procedury certyfikacyjnej. Ich przeniesienie na inny podmiot w wyniku udostępnienie wymagałoby przeprowadzenia procesu certyfikacji od nowa dla kolejnego podmiotu”.

Przystępujący bowiem nie posługuje się li tylko samymi certyfikatami w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, ale wskazuje, że w ramach realizacji zamówienia będzie korzystać z pomocy podwykonawcy (posiadającego stosowne certyfikaty), który będzie realizował określone usługi (zgodnie z jego oświadczeniem dołączonym do oferty Przystępującej). Nie jest to zatem opisana przez Odwołującego sytuacja posłużenia się tylko samymi certyfikatami, które oczywiście są dokumentami imiennymi. Przystępujący posłuży się zasobami innego podmiotu w zakresie określonych usług opatrzonych certyfikatami. Przystępujący zatem wyraźnie wskazał, że przy wykonaniu zamówienia będzie polegać na zasobach podwykonawcy przez wskazanie zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia: kolokacje i łącza internetowe jako usługi, względem których takie certyfikaty podmiot ten posiada (oświadczenia na st. 18 i 42 oferty Wykonawcy B). Trudno sobie wyobrazić w tym wypadku inną formę współpracy jak podwykonawstwo (mówimy przecież o świadczeniu usług), skoro podmiot ten nie jest konsorcjantem, ani wspólnikiem Przystępującego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wezwał Przystępującego, pismem z dnia 27 lutego 2020 r., do wykazania, że zakres udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego nie jest zbyt wąski i zapewnia realizm przekazania potencjału, biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest stworzenie platformy www do obsługi Programu e-Karta Sopocka i aplikacji mobilnej działającej na urządzeniach przenośnych oraz systemu, który będzie je integrował i zabezpieczał bazę danych. Wykonawca B złożył odpowiednie wyjaśnienia, które stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i zastrzegł, że nie należy ich ujawniać podmiotom trzecim.

W tym miejscu można uzupełniająco dodać jedynie, że Zamawiający przewidział wymóg w SIWZ Rozdział 2 Opis przedmiotu zamówienia pkt I - „Część ogólna” ppkt 10: „Dostarczone oprogramowanie będzie funkcjonowało na serwerze Wykonawcy (zawierający odrębną bazę danych)”. Podmiot użyczający zasobów Przystępującemu będący jednocześnie podwykonawcą wskazanym w formularzu ofertowym planowany jest do realizacji m.in. zakresu związanego z kolokacją. Miejsce przechowywania bazy danych wymienionej w powyższym punkcie stanowi zatem kluczowy element całej realizacji. Zapewnienie zarówno odpowiedniego miejsca przechowywania danych oraz profesjonalny sposób zapewnienia ich bezpieczeństwa, realizowany zgodnie z wymaganymi przez Zamawiającego certyfikatami

pozwala stwierdzić, że w ten sposób Wykonawca B spełnił warunki udziału w Postępowaniu.

Zarzut nr 3

Przystępujący stwierdził, że w formularzu oferty, w zakresie kryterium 2. SLA, uwzględnił dostępność usługi oraz następujące czasy reakcji oraz usuwania awarii, błędów i usterek z podziałem na dzień oraz noc.

W pkt 2.2.6 oraz 2.2.8 („Usunięcie błędu noc" oraz „Usunięcie usterki noc") Przystępujący wpisał „nie dotyczy", gdyż logicznym jest, że skoro na usunięcie błędu dzień (pkt 2.2.5) zaoferował maksymalny czas 24 godziny, natomiast na usunięcie usterki dzień (pkt 2.2.7) 48 godzin, to czas ten obejmuje również godziny nocnego dyżuru. Przystępujący przyjął (opierając się na wieloletniej praktyce świadczenia SLA do prowadzonych projektów), że w ramach doby realizacja usługi odbywa się w godzinach dziennych 8:00 - 18:00, natomiast pozostałe godziny traktuje, jak i rozlicza z pracownikami świadczącymi usługi wsparcia technicznego jako nocny dyżur.

Wykonawca B podkreślił, że w trakcie jawnego otwarcia ofert, na którym obecni byli zarówno przedstawiciele Odwołującego, jak i Przystępującego, Zamawiający zwrócił się do przedstawiciela Blue Services z zapytaniem o sposób rozumowania i powody takiego zapisu, co zostało wyjaśnione i przyjęte jako akceptowalne przez Zamawiającego. Nie jest zatem zrozumiałe dlaczego Odwołujący w odwołaniu stwierdzaj, że nie są im znane przyczyny takiego postępowania Zamawiającego i błędnie uznaje je za działanie subiektywne.

Zarzut nr 4

Odwołujący zarzuca Przystępującemu, że w sposób nieprawidłowy zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. dlatego, że przedstawione uzasadnienie jest ogólne, lakoniczne i „dotyczy dokumentu, który posiada tylko kilka stron swojej treści (koncepcja)" oraz przez niewykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca B podał, że nie kwestionuje twierdzeń pełnomocnika Odwołującego dotyczących zarówno zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i dotyczących konkretyzacji zastrzeżenia tajemnicy na zasadzie art. 8 ust. 3 Pzp. Niemniej jednak całkowicie nie można zgodzić się z zarzutami ogólności czy też lakoniczności, a tym bardziej że objęte nią są dokumenty krótkie w swej treści (co wydaje się zarzutem absurdalnym). Na marginesie Wykonawca B podniósł, że pełnomocnik Odwołującego prawdopodobnie w nieprawidłowy sposób używa słowa „lakoniczny", którego prawidłowe znaczenie to: (gr. lakonikós - po lakońsku, spartańsku: krótko, zwięźle) - krótki, zwięźle wyrażony, precyzyjny, lapidarny, treściwy, oszczędny w słowach, esencjonalny. Zatem zwięzłość wskazania dlaczego dany element jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa (bez zawiłego wyjaśniania) nie oznacza, że dana informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazał następnie, że to Zamawiający ocenia skuteczność poczynionego zastrzeżenia na podstawie uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, bez prowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego. Zatem to Zamawiający jest obciążony obowiązkiem ostrożnej oceny, czy dana informacja w istocie stanowi informację informacje techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub informację posiadającą wartość gospodarczą. Jednocześnie to Zamawiający powinien wobec zaprezentowanego wyjaśnienia ocenić czy informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz czy uprawniony podjął, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący wskazał, że określone informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał dokładnie które informacje mają taki charakter i dlaczego. W kontekście załączonego do oferty pisma Przystępującego „Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa" można odnieść wrażenie, że Odwołujący widzi możliwość zastrzeżenia tajemnicy jedynie przez szczegółowe ujawnienie informacji objętych tajemnicą w celu przekonania o takim ich charakterze, co właściwie mija się z celem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wszystkie zastrzeżone przez Przystępującego informacje, tj.:

a) „Koncepcja proponowanego rozwiązania" oznaczona jako element know-how

(które zgodnie z definicją z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję stanowią: „nieopatentowane, nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne lub technologiczne lub zasady organizacji i zarządzania, co do których podjęto działania zmierzające do zapobieżenia ich ujawnieniu, jeżeli stanowią one całość lub część określonych informacji praktycznych wynikających z doświadczeń dostawcy, przeprowadzonych badań lub testów istotnych dla nabywcy z punktu widzenia używania, sprzedaży lub odsprzedaży towarów objętych porozumieniem wertykalnym"), tj. element technologiczny i organizacyjny przedsiębiorstwa; to Zamawiający wobec treści koncepcji może uznać, że nie wypełniała ona przesłanek, o których mowa w art. 11 Znk, skoro tego nie uczynił, nie jest to możliwe;

b) wykaz wykonanych lub wykonywanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie - jako zawierający informacje o charakterze organizacyjnym, tj. informacje wskazujące na posiadany krąg kontrahentów, ceny, za jakie wykonawca może uzyskać dane urządzenia lub usługi, oraz udzielone rabaty - to ważne informacje gospodarcze;

c) wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia oraz informacje zawarte w Formularzu oferty dotyczące tożsamości i portfolio osób skierowanych do realizacji zamówienia; wszyscy oferenci funkcjonują na rynku usług programistycznych, a zatem znanym jest im fakt, że od 5 lat w Polsce występuje niedobór specjalistów IT i jest on szacowany na 50 tys. osób i taki ma pozostać w 2020 r.; zgodnie z szacunkami, nawet w bardzo optymistycznym scenariuszu, dopiero ok. 2030 r. udałoby się załatać lukę związaną z niedoborem programistów. W konsekwencji żaden podmiot nie będzie uławiał pozostałym pozyskania przewagi konkurencyjnej przez ujawnienie w postępowaniu danych osobowych swoich specjalistów;

stanowią zatem (przy spełnieniu pozostałych przesłanek) tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp i podlegają ochronie, co zostało również przedstawione w piśmie Przystępującego.

Ponadto argument dotyczący objętości dokumentu objętego tajemnicą jest oczywiście absurdalny i trudno się do niego odnieść. Informacja rozumiana jako dana o rzeczywistości (w tym wypadku o przedsiębiorstwie) może przyjąć bardzo krótką formę i to nie umniejsza jej wartości gospodarczej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Zarzut nr 1

Zamawiający podał, że w uzasadnieniu odrzucenia wskazał na następujące okoliczności:

1. „Zamawiający przewidział rozbicie wynagrodzenia na części składowe";

2. „przy ustalaniu ceny oferty Wykonawca winien uwzględnić warunki wykonywania całego zamówienia opisane szczegółowo w załącznikach do SIWZ oraz postanowieniach wzoru umowy, które mogą mieć wpływ na kalkulację ceny"; Zamawiający z wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny powziął wiedzę, że wskazana przez niego cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest nierealna, ponieważ dokonał transpozycji kosztów do innych elementów umowy co stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji (co istotne, sfomułowanie „cena za wykonanie przedmiotu zamówienia" ma ściśle określone w niniejszym postępowaniu znaczenie, bowiem w odróżnieniu od opcjonalnego „pakietu rozwojowego , czy „utrzymania" stanowi ściśle określony, opisany w SIWZ, w OPZ i Projekcie umowy element związany z najważniejszą częścią przedmiotu umowy, tj. wykonaniem platformy www i aplikacji mobilnej - a granice i zakresy tych elementów są rozłączne, i ściśle określone w SIWZ; dodatkowo „cena za wykonanie przedmiotu zamówienia" stanowi odrębną rubrykę w formularzu ofertowym, i stanowi odrębne, i najwięcej punktowane (25 pkt) kryterium oceny ofert);

3. Zamawiający wskazał normę art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Znk");

4. „Zadaniem Wykonawcy jest rzetelne skalkulowanie poszczególnych części składowych wynagrodzenia wliczając w części składowe faktyczną ich zawartość;

5. „Przeniesienie kosztów zamówienia pomiędzy pozycjami w przedmiotowej ofercie, tj. zaniżenie ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia na rzecz kosztów utrzymania systemu w pierwszym roku jest działaniem na niekorzyść Zamawiającego" (wskazuje się, że podkreślone wyżej pojęcia, są ściśle zdefiniowane w SIWZ i stanowią odrębne pozycje w formularzu ofertowym i podlegają odrębnej punktacji - za „cenę wykonania przedmiotu umowy"

przysługuje maksymalnie 25 punktów, natomiast za „koszt utrzymania systemu w pierwszym roku" przysługuje max. 5 punktów);

6. „Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami składowymi w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i nadzwyczajnie wysoka z tytułu kosztu utrzymania systemu, zaś z drugiej strony cena nierynkowa i nadzwyczajnie niska za wykonanie zamówienia podstawowego ma więc na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, lecz wykorzystanie bilansu przyjętego systemu kwalifikacji ze szkodą zarówno dla Zamawiającego jak i innych Wykonawców. Takie działania naruszają także dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do faktycznych kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą".

Powyższe, zdaniem Zamawiającego, stanowi wystarczające wyjaśnienie podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty Odwołującego. Przepis art. 3 ust. 1 Znk stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający wskazał na dobre obyczaje i rzetelność kupiecką wskazując, że transpozycja cen celem uzyskania lepszego bilansu punktów w podkryteriach cenowych narusza te wartości.

Następnie Zamawiający podał, że zgodnie z Rozdziałem 2 SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia", w pkt I - „Część ogólna", wskazano:

1. Ust. 1. Niniejszy przedmiot zamówienia zakłada stworzenie platformy www do obsługi Programu e-Karta Sopocka (regulamin programu stanowi załącznik do zamówienia) i aplikacji mobilnej działającej na urządzeniach przenośnych oraz systemu który będzie je integrował i zabezpieczał bazę danych. Aplikacja będzie dedykowana na smartfony tablety oraz inne urządzenia dotykowe;

2. Ust. 3. Aplikacja musi zostać zaprojektowana przez specjalistę UX Wykonawcy;

3. Ust. 6. Wykonawca zobowiązuje się do kompleksowego przygotowania aplikacji: konsultacje z Zamawiającym w wymiarze zgodnie z punktem 13, wytworzenie oprogramowania, stworzenie systemu baz danych na serwerze, stworzenie szaty graficznej aplikacji, wdrożenie aplikacji oraz obsługa bieżąca;

4. Ust. 9. Wykonawca w ramach aplikacji stworzy również panel administracyjny oraz przeszkoli oddelegowane przez Zamawiającego osoby będące administratorami niniejszej aplikacji;

5. Ust. 11. Program e-Karta Sopocka musi umożliwiać wprowadzanie danych zarówno przez pracowników Zamawiającego jak i Uczestników Programu samodzielnie.

Zasady wprowadzania danych przez oba podmioty zostaną ustalone na spotkaniach konsultacyjnych, o których mowa w punkcie 13;

6. Ust. 13 Na etapie konsultacji i wykonania aplikacji odbędzie się minimum 10 spotkań Zamawiającego z Wykonawcą, w celu omówienia dotychczasowych postępów prac nad aplikacją oraz zaplanowanie kolejnych etapów prac związanych z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem 2 SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia", w pkt II - „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia", ust. 1 - „Brief postępowania przy wykonaniu platformy i aplikacji mobilnej", jako nazwę i przedmiot zamówienia wskazano: Zaprojektowanie, wykonanie, uruchomienie obsługę i integrację ze sobą platformy www oraz aplikacji mobilnej e-Karta Sopocka. Zapewnienie jednej bazy obsługującej oba narzędzia. Zapewnienie obsługi kodów QR polegającej na ich generowaniu i odczytywaniu.

Zgodnie z Projektem umowy:

1. z § 1 ust. 1 Projektu umowy: „Podstawą zawarcia niniejszej umowy jest rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na realizację zadania polegającego na wykonaniu aplikacji webowej oraz mobilnej „e-Karta Sopocka" - dedykowanej dla systemu Android i iOS - jej uruchomieniu, udostępnieniu (zwanej dalej „aplikacją" lub „platformą");

2. § 1 ust. 3 Projektu umowy: „Wykonawca zobowiązuje się w ramach wynagrodzenia umownego do wykonania prac i dostarczenia oprogramowania związanego z prawidłową realizacją Przedmiotu Umowy zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do Umowy „SOPZ"), Ofertą Wykonawcy (załącznik nr 4 do Umowy - „Oferta") oraz obowiązującymi przepisami prawa z zachowaniem należytej staranności";

3. § 2 ust. 6 lit. d) Projektu umowy: „aplikacja posiada wszelkie funkcjonalności określone w umowie i załączniku nr 1 do umowy (szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia)".

Opcjonalnie i dodatkowo, na życzenie Zamawiającego, wykonawca zapewni Pakiet rozwojowy - (może ale nie musi być zlecony) (KRYTERIUM CENOWE - 10 PKT).

Zgodnie z Rozdziałem 2, pkt I SIWZ wskazano, że wykonawca zobowiązuje się do rozwoju platformy www i aplikacji mobilnej, na życzenie Zamawiającego, w ramach pakietu rozwojowego, w wymiarze zaproponowanym przez Wykonawcę, w czasie najpóźniej do 31.03.2021.

Zgodnie z 5 1 ust. 2 Projektu umowy: „Dodatkowo przedmiotem Umowy jest pakiet rozwojowy aplikacji w wymiarze godzin roboczych, na zasadach określonych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy oraz utrzymanie opisane w załączniku nr 2 do niniejszej umowy."

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Projektu umowy - „Pakiet rozwojowy":

1. Wykonawca wykona na zlecenie Zamawiającego prace rozwojowe w ramach wynagrodzenia określonego w umowie w wymiarze określonym w umowie, które mogą w szczególności polegać na wykonaniu modyfikacji lub rozbudowy aplikacji, lub mogą polegać na dostosowaniu aplikacji do wymagań Zamawiającego, a nie stanowiących Problemów w rozumieniu Załącznika nr 2 — (ten zapis wskazuje na rozłączność pakietu rozwojowego od utrzymania) na podstawie zamówień zawieranych przez Strony.

2. Podstawą rozpoczęcia prac rozwojowych jest zawarcie przez Strony Zamówienia zawierającego w szczególności:

a) Określenie prac, jakie mają zostać wykonane w ramach realizacji prac rozwojowych; oraz

b) Zaakceptowany przez Wykonawcę zakres wymagań Zamawiającego; oraz

c) Uzgodniony zakres zobowiązań Strony; oraz

d) Zaakceptowaną przez Zamawiającego pracochłonność wykonania prac rozwojowych przedstawioną przez Wykonawcę, zawierający szacunkową liczbę roboczogodzin przeznaczonych na realizację danych prac rozwojowych; oraz

e) Harmonogram lub termin realizacji prac rozwojowych.

Trzecim elementem jest Utrzymanie (w pierwszym oraz w następnych latach trwania umowy) - opisane w załączniku nr 2 do Umowy.

Zgodnie z Rozdziałem 2 SIWZ, pkt I, w ust. 7 wskazano, że wykonawca będzie zobowiązany do utrzymania aplikacji, i wsparcia technicznego do czasu rozwiązania umowy - do dnia 31.12.2023 r.

Zgodnie z Projektem umowy:

1. § 1 ust. 2 Projektu umowy: „Dodatkowo przedmiotem Umowy jest pakiet rozwojowy aplikacji w wymiarze godzin roboczych, na zasadach określonych w załączniku nr 1 do niniejszej umowy oraz utrzymanie opisane w załączniku nr 2 do niniejszej umowy";

2. § 6 Projektu umowy Wykonawca będzie świadczył usługi hostingu i serwisu technicznego na warunkach opisanych w załączniku nr 2 do umowy przez czas nieoznaczony od dnia podpisania umowy /zgodnie ze złożoną ofertą.

Wbrew temu co pisze Odwołujący, SIWZ dokładnie definiował zakresy poszczególnych elementów zamówienia publicznego, i nadawał im konkretną rangę, także w zakresie kryteriów oceny ofert. Projekt umowy w § 4 ust. 1 wskazuje jedynie na kwotę stanowiącą sumę świadczeń, w tym opcjonalnych, a zatem wykonanie aplikacji, opcjonalny pakiet rozwojowy i utrzymanie w pierwszym roku, natomiast § 4 ust. 2 wskazuje na kwotę utrzymania w latach kolejnych. Zapis ten nie definiuje poszczególnych elementów, i nie jest wskazówką do ich łączenia, ponieważ to opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ, załącznikach do niej, i Projekcie umowy, definiuje precyzyjnie te zakresie, i stanowi o ich odrębności.

Odwołujący sam twierdzi, że w cenie za przedmiot umowy (pozycja 1.1. formularza ofertowego) wskazał de facto cenę produktu, który już posiada, a który nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, i który dopiero zamierza dostosować do potrzeb Zamawiającego w ramach prac rozwojowych, które nie tylko nie do tego służą, ale też są jedynie elementem opcjonalnym zamówienia, i etapu utrzymania, którego funkcja jest też całkiem inna, przerzucając na tamte świadczenia znaczącą część wynagrodzenia, i manipulując tym samym punktacją w kryteriach cenowych. Odwołujący potwierdza tylko w treści odwołania zasadność odrzucenia jego oferty, a zobowiązanie Odwołującego z dnia 11 maja 2020 r. należy uznać za próbę negocjacji czy uzupełnienia oferty.

Zarzut nr 2

SIWZ wyraźnie wskazuje:

W Rozdziale 3 SIWZ - podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu, w ust. 3 pod nazwą warunki udziału w postępowaniu w lit. a) dotyczącej zdolności technicznej lub zawodowej pkt 3), iż wymagane są dysponowania określonymi Systemami;

W Rozdziale 4 SIWZ ust. 3.2 W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 32 ust. 3 wskazuje się określone dokumenty, jakie należy przedłożyć celem wykazania spełniania tego warunku udziału w Postępowaniu. Przy czym określenie, wskazujące na cel potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, nie jest prawidłowy w tym miejscu, lecz nie powinno było budzić wątpliwości, iż mówimy tu o warunku udziału w Postępowaniu, o czy świadczą powyższe zapisy.

Z całą więc pewnością mówimy tu o warunku udziału w Postępowaniu a ewentualna omyłka w opisie dokumentu, nie mogłaby być przesłanką do niezaakceptowania posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego przez Przystępującego, który tak właśnie rozumiał SIWZ. Warunek ten nie był z całą pewnością warunkiem przedmiotowym, co zresztą trudno sobie wyobrazić, albowiem Systemy, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu, nie są przedmiotem świadczenia, lecz narzędziem (zdolnością) do jego prawidłowej realizacji.

Odwołujący wskazuje na zapytanie wykonawcy, które doprowadziło do zmiany w SIWZ w tym zakresie, poprzez opisanie omawianego warunku, lecz zapytania to wskazywało na uchybienie, które zostało wyeliminowane, choć w inny sposób, niż chciał pytający.

Odnośnie zakresu udostępnienia tego zasobu, wskazuje się na oświadczenie Przystępującego wskazujące na zakres dysponowania zasobem, z którego wynika, że dotyczy on nie tylko kolokacji i łącza internetowego, lecz także w dwóch punktach określono szerszy zakres.

Zarzut nr 3 i 4

Zamawiający poparł argumentację Wykonawcy B.

W piśmie procesowym z 18 maja 2020 r., w odpowiedzi na argumentację Przystępującego, Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego wyrażonej w piśmie z dnia 11.03.2020 r. należy wskazać, co następuje.

Zamawiający de facto nie określił na czym miałby polegać czyn nieuczciwej konkurencji a co więcej nie wykazał, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi taki czyn. Skoro zdaniem Zamawiającego złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to powinien on że jest to jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający jednak nie sprostał temu obowiązkowi czyniąc jedynie uwagi natury ogólnej. Dodatkowo, należy zauważyć, że sam Przystępujący w zgłoszonym przystąpieniu na str. 5 wskazał, jak sam stwierdził „uzupełniająco" do rozstrzygnięcia Zamawiającego na czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk. Potwierdza to niejako, że Zamawiający mógł bardziej szczegółowo opisać podstawę odrzucenia oferty a tego nie uczynił. Nie jest rolą Przystępującego uzupełnianie czynności Zamawiającego.

Działanie Odwołującego nie było z całą pewnością sprzeczne z prawem ani z dobrymi obyczajami i nie było podjęte celem zaszkodzenia innym wykonawcom czy Zamawiającemu. Zamawiający nie wskazał w decyzji o odrzuceniu oferty czy upatruje sprzeczności działań wykonawcy z prawem czy też z dobrymi obyczajami oraz nie wskazał, aby ktokolwiek poniósł w wyniku tego działania szkodę. Zaoferowanie ceny niższej za dostawę platformy i aplikacji ma absolutnie logiczne uzasadnienie, o którym Zamawiający dowiedział się z wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny, a mianowicie wynika to z faktu, że Odwołujący posiada już cały system, który jest przedmiotem zamówienia, gdyż wdrażał go już u innych klientów. Zamawiający zdaje się tego nie dostrzegać i przypisuje Odwołującemu manipulację kosztami. Wydaje się oczywiste, że dysproporcja pomiędzy ceną za platformę i aplikację jest ceną dużo niższą, gdyż Odwołujący w przeciwieństwie do konkurencyjnych wykonawców pracuje na gotowym rozwiązaniu, które obecnie wdraża dla poszczególnych klientów.

Przystępujący na str. 3 przystąpienia wyraża przekonanie odmiennie, że wliczenie prac rozwojowych do ceny za platformę www i aplikację mobilną było wymagane w SIWZ, lecz nie wskazuje konkretnie, z którego fragmentu SIWZ to wynika. W ocenie Odwołującego świadczy to pośrednio o przyznaniu tezy Odwołującego, że skoro nie było zapisu, z którego wynikałoby do której pozycji doliczyć pakiet rozwojowy to należało uznać, że powinien on być wliczony do etapu, w którym usługi te zostaną faktycznie wykonane.

Z kolei na str. 4 Wykonawca B wskazuje wprost, że w SIWZ nie jest określone, że koszty pakietu rozwojowego powinny być zaliczone do kosztów wykonania aplikacji, ale argumentuje, że powinno się to wywieść z opisu czynności dla usługi utrzymania, jako że nie znajduje się tam pakiet rozwojowy. Odwołujący uważa, że idąc takim rozumowaniem można by również wywieść, że koszty pakietu rozwojowego nie powinny być wliczone do wytworzenia aplikacji ponieważ w § 1 ust. 2 Umowy Zamawiający wskazał, że oprócz aplikacji dodatkowym przedmiotem zamówienia jest pakiet rozwojowy oraz utrzymanie. Skoro więc wszystkie dokumenty Postępowania wskazują, że mamy do czynienia z 3 odrębnymi elementami (czy też etapami), tj. dostawa aplikacji i platformy, prace rozwojowe i utrzymanie, a Zamawiający nie określił, gdzie miałby być wliczony jeden z tych elementów, to wykonawca powinien go doliczyć do tego etapu, w którym usługi te faktycznie zostaną wykonane. Być może Przystępujący uznał, że będzie to w pierwszym etapie jednak Odwołujący pakiet rozwojowy po wdrożeniu aplikacji czyli w I roku utrzymania, co znajduje odzwierciedlenie w załączonym drafcie harmonogramu, który zgodnie z wzorem umowy wykonawca miałby złożyć do Zamawiającego.

Aby skuteczne postawił zarzut manipulacji czy inżynierii cenowej w orzecznictwie wskazuje się, że ocena zasadności uznania oferty jako zawierającej czyn nieuczciwej konkurencji powinna odbyć się w oparciu o ustalenie czy zaoferowana cena jest realna czy stanowi wyraz manipulacji. Tylko ustalenie i udowodnienie, co powinien zrobić Zamawiający, że zaoferowana cena ma charakter nierynkowy, np. zbyt wygórowany mogłoby doprowadzić do stwierdzenia, że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zaś takich okoliczności nie wykazał.

Natomiast w sytuacji, w której Odwołujący w toku badania na okoliczność rażąco niskiej ceny wyjaśnił a co najważniejsze udowodnił, że cena pokrywa wszystkie koszty związane z wykonaniem każdej z usług i generuje zysk trudno uznać, że jest ona nierynkowa czy nierealistyczna. Jeśli jeszcze dodać do tego argument, że Zamawiający nie wskazał, gdzie powinno się wycenić pakiet rozwojowy, to oczywistym jest, że wycena była oparta

o ustalenia i nie może być mowy o jakiejkolwiek manipulacji. W takim kształcie SIWZ każdy

z wykonawców miał prawo doliczyć prace rozwojowe tam gdzie uznał to za stosowne.

Na stronie 6 przystąpienia Wykonawca B podsumowuje, że manipulacja ceną polegała na sztucznym zaniżeniu (o 90%) ceny za dostawę aplikacji i platformy. Odwołujący pragnie jedynie przypomnieć, że Zamawiającemu znany był powód tak niskiej ceny, co wyjaśniał w złożonym piśmie i dowodach na okoliczność rażąco niskiej ceny, a co wynika z prostego faktu istniejącego już oprogramowania.

Przystępujący ponadto sugeruje, że Odwołujący tak skonstruował cenę, że będzie miał możliwość kredytowania się, co nie znajduje szerszej argumentacji więc trudno się do tego odnieść. Należy jednak zauważyć, że o kredytowaniu można by mówić, gdyby wykonawca policzył zbyt dużą wartość za dostawę aplikacji i zafakturował większość zamówienia po pierwszym etapie, zaś w niniejszym postępowaniu mamy sytuację odwrotną.

Zarzut nr 2

Przystępujący w zakresie zarzutu dotyczącego nie posiadania certyfikatów przyznał wprost, że taki certyfikat posiada jedynie podmiot trzeci, który wprawdzie będzie wykonawcą ale w zakresie kolokacji serwerów. Wykonawca B uznał wprawdzie, że jest to kluczowy element zamówienia jednak nie sposób zgodzić się z tym twierdzeniem. Przede wszystkim w ocenie Odwołującego nie można uznać, że był to wymóg jedynie podmiotowy dotyczący warunku zdolności zawodowej. Skoro Zamawiający określił wymóg: „w celu potwierdzenia że oferowane usługi i odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, Zamawiający wymaga by wykonawca przedłożył zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez Wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości. Zamawiający wymaga by Wykonawca posiadał wdrożony System Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji co najmniej taki jak PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz System Zarzadzania Jakością co najmniej taki jak PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikat na zgodność z tymi systemami”.

Wobec tego jedynie wykonawca powinien spełnić ten wymóg a nie żaden inny podmiot.

Ponadto, nawet uznając, choć niezasadnie, że można by ten zasób użyczyć, to samo wykazanie, że stosowne certyfikaty posiada podmiot, który będzie jedynie czuwał nad serwerami oznaczałoby, że wykonawca, który de facto pracując nad cala bazą danych w toku wdrażania oprogramowania i utrzymania nie posiada tych certyfikatów, a więc nie gwarantuje wymaganego poziomu bezpieczeństwa tych danych

Za bezpieczeństwo Informacji w takich rozwiązaniach głównie odpowiadają zabezpieczenia w systemie, bazie danych oraz aplikacjach mobilnych dotyczące sposobu autoryzacji i przekazywania danych pomiędzy aplikacją mobilną a systemem centralnym, co oznacza, że te zagadnienia w ogóle nie leżą w obszarze działalności podmiotu trzeciego, który zajmie się jedynie zapewnieniem miejsca na serwerach (kolokacją).

Zarzut nr 3

Zamawiający wymagał, aby podać w godzinach czas jaki upłynie od zgłoszenia serwisowego do wykonania określonych czynności. Zamawiający jako noc definiuje godziny pomiędzy 16:00 a 8:00. Z oferty Wykonawcy B nie sposób wywnioskować jaki czas upłynie do usunięcia odpowiednio Błędu oraz Usterki jeśli zgłoszenie zostanie dokonane w nocy. W rubryce, w której powinna znaleźć się ilość godzin wpisano „nie dotyczy”, zatem me ma możliwości uznania, że czas ten jest krótszy niż wymaga zamawiający. A zinterpretowanie takiego zapisu przez Zamawiającego, tak jak sobie tego życzy obecnie Przystępujący, jako odpowiednio 24 i 48 godzin (czyli czas równy wykonaniu tych czynności przy zgłoszeniu dokonanemu w dzień) należałoby ocenić jako zmiana w ofercie, która w dodatku zwiększa przyznaną punktację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. Draftu harmonogramu realizacji zamówienia - dowód O1;

2. Oświadczenia MCX Systems w sprawie realizacji pakietu rozwojowego z dnia 11.05.2020 r. - dowód O2;

na okoliczność wykazania, że oferta Odwołującego nie stanowi czynu nieuczciwej

konkurencji, a w szczególności, że nie doszło do celowego przesunięcia kosztów za realizację pakietu rozwojowego w sposób pogarszający sytuację innych wykonawców ani na szkodę Zamawiającego oraz na potwierdzenie, że faktyczny moment wykonania prac rozwojowych nastąpi w 1 roku utrzymania systemu a nie w momencie dostawy platformy i aplikacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i zgłoszonym przystąpieniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole,

ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, oferty Przystępującego, zawiadomień o wyborze najkorzystniejszej oferty (pisma z 21 lutego i 6 marca 2020 r.), wezwania Wykonawcy B do złożenia wyjaśnień w zakresie udostępnionego mu potencjału wraz z odpowiedzią, protokołu Postępowania oraz z treści dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie. Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że nie ma potrzeby ponownego przytaczania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ocenie Izby zarzuty odwołania potwierdziły się z następujących przyczyn.

Zarzut nr 1

W powtórnym zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający określił podstawę odrzucenia oferty Odwołującego w następujący sposób: „[...] brak wykazania realności ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia a także transpozycja faktycznych kosztów za wykonanie pakietu rozwojowego do kosztów utrzymania systemu w pierwszym roku, co zostało oświadczone przez Wykonawcę wprost w złożonych wyjaśnieniach, rodzi przesłankę do odrzucenia oferty konsorcjum firm MCX pro Sp. z o.o. oraz QB Sp. z o.o. z powodu wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji".

Zdaniem Izby pierwsza ze wskazanych podstaw faktycznych, odnosząca się stricte do ceny oferty Odwołującego, pozostaje w sprzeczności z innym stwierdzeniem zawartym we wspomnianym zawiadomieniu, a to, że „Dokonując oceny przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień (w zakresie rażąco niskiej ceny - przyp. Izby) [.] Zamawiający uznał, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny [.]".

Z kolei druga z przywołanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego okoliczności, tj. zaliczenie kosztów tzw. pakietu rozwojowego do kosztów utrzymania systemu w pierwszym roku, nie mogła ad casum świadczyć na jego niekorzyść. Nie sposób nie zauważyć, że SIWZ nie zawierała wytycznych obligujących wykonawców do przyjęcia określonego mechanizmu skalkulowania ceny oferty. Postanowienia SIWZ cytowane przez Zamawiającego w uzasadnieniu zaskarżonej odwołaniem decyzji oraz w odpowiedzi na odwołanie nie naprowadzają na wniosek, że koszty wykonania pakietu rozwojowego musiały zostać zaliczone do ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia sensu stricto, tj. platformy internetowej i aplikacji mobilnej. Faktem jest, że Zamawiający wyodrębnił ceny za poszczególne elementy składowe przedmiotu zamówienia sensu largo i uczynił z nich podkryteria oceny ofert (zob. Rozdział 10 SIWZ i wzór formularza oferty zamieszczony w Rozdziale 15 SIWZ). Jednocześnie jednak zauważyć należy, że zgodnie z postanowieniem Rozdziału 9 ust. 2 SIWZ: „Cena przedstawiona w formularzu oferty będzie łączną ceną za wykonanie całego przedmiotu zamówienia realizowanego na podstawie umowy (wraz z wszystkimi załącznikami), której wzór zawarty jest w niniejszej siwz", co uwiarygadnia zawarte w odwołaniu twierdzenie, że dodanie kosztów pakietu rozwojowego do tej czy innej pozycji formularza oferty nie będzie miało wpływu na rozliczenie z Zamawiającym wynagrodzenia za realizację zamówienia. Ergo Odwołujący był uprawniony do samodzielnego określenia momentu poniesienia kosztów realizacji pakietu rozwojowego i na tej podstawie doliczenia ich do stosownej pozycji formularza oferty, co też wyjaśnił za pomocą dowodów O1 i O2.

W konsekwencji odwoływanie się przez Zamawiającego do dobrych obyczajów kupieckich było nietrafne, a tym samym nie została spełniona jedna z przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 Znk, warunkująca możliwość przypisania Odwołującemu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji określonego w tym przepisie. Zatem decyzja o odrzuceniu oferty

Odwołującego na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp była wadliwa i należało ją unieważnić.

Zarzut nr 2

Rozstrzygnięcie o tym zarzucie odwołania wymagało przesądzenia treści SIWZ w części dotyczącej wymaganych od wykonawców dokumentów i ich charakteru.

W wyniku odpowiedzi na pytanie nr 2 do SIWZ z 6 lutego 2020 r. Zamawiający zmodyfikował treść warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wprowadzając - obok obowiązku posiadania doświadczenia, którego potwierdzenie znaleźć miało się w wykazie usług i dysponowania określonymi osobami, czego potwierdzeniem miał być wykaz osób - także wymóg posiadania wdrożonego Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji co najmniej taki jak PN-ISO/IEC 27001:2014-12 oraz Systemu Zarządzania Jakością co najmniej taki jak PN-EN ISO 9001:2015-10 lub certyfikatu na zgodność z tymi systemami albo rozwiązania równoważnego.

W ocenie Izby nie mogło dojść do skutecznego postawienia takiego warunku udziału w Postępowaniu. Uzasadnieniem dla tej tezy jest chociażby okoliczność, że Zamawiający nie przewidział żadnego dokumentu na potwierdzenie spełniania tego warunku. W wykazie dokumentów zamieszczono wprawdzie wymóg posiadania ww. certyfikatów, ale na potwierdzenie wymogu przedmiotowego, tj. okoliczności, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, podczas gdy warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wymogiem podmiotowym. Potwierdzają to przepisy Rozporządzenia, które - z jednej strony - w zamkniętym katalogu dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (§ 2 ust. 4 Rozporządzenia) nie przewidują wskazanych przez Zamawiającego certyfikatów, z drugiej zaś - umożliwiają ich żądanie na podstawie § 13 Rozporządzenia, który ma charakter przykładowego wyliczenia dokumentów składanych na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Wykonawca B nie przedstawił oczekiwanego przez Zamawiającego dokumentu przedmiotowego, zatem jego oferta nie spełnia wymagania SIWZ i podlega odrzuceniu. Jedynie na marginesie skład orzekający wskazuje, że ze względu na przyjęcie odmiennej od Zamawiającego oceny spornego wymagania, poza nawiasem rozważań znalazły się kwestie dopuszczalności i realności polegania na zasobach podmiotu trzeciego.

Zarzut nr 3

W przekonaniu Izby wskazywany przez Zamawiającego fragment protokołu Postępowania świadczy o dokonaniu nieprawidłowej oceny punktowej oferty Przystępującego, będącej następstwem nieuprawnionej ingerencji w jej treść podczas czynności otwarcia ofert. Powtórne zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający de facto zmienił treść oświadczenia woli Wykonawcy B, przyjmując w odniesieniu do czasów usunięcia błędu i usterki w nocy określone wartości godzinowe, w miejsce użytego przez Przystępującego wskazania „nie dotyczy". Działanie takie pozbawione było podstaw prawnych (dotyczyło tej części oferty, która podlegała ocenie w kryteriach oceny ofert), stąd czynności oceny oferty Wykonawcy B obarczona była błędem uzasadniającym jego wyeliminowanie z Postępowania.

Zarzut nr 4

W ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie nie doszło do wykazania (w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 3 Pzp) przez Przystępującego, że zastrzeżone informacje zawarte w koncepcji realizacji usługi i w wyjaśnieniach z 3 marca 2020 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba wyjaśnia, że zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego () mianem „wykazania" określa się „uzewnętrznienie czegoś", „ujawnienie istnienia czegoś", „przedstawienie czegoś w sposób przekonujący", z kolei „wykazać się" oznacza „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cechy", czy „okazać dokumenty potwierdzające coś". Wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jako czynność właściwa wykonawcy, jest aktem jego staranności, który oceniać należy przez pryzmat zawodowego charakteru działalności wykonawcy (art. 355 § 2 Kc). Ze wskazanej

przyczyny wykazania nie można sprowadzać li tylko do przeglądu stanowisk doktryny, czy poglądów judykatury. Wykazanie zasadności objęcia określonych informacji nie może następować również (jak w tej sprawie) jedynie przez zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia zapewnienie o okolicznościach, które bez przeszkód można udowodnić. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na fakt, że Wykonawca B powoływał się np. na umowy z kontrahentami, czy klauzule poufności stosowane w umowach z pracownikami, niemniej jednak nie przedstawił Zamawiającemu dokumentów umożliwiających nie tylko ocenę, czy środki te są adekwatne do rodzaju chronionych informacji, ale także chociażby, czy środki takie w ogóle stosuje.

W konsekwencji również dokonana przez Zamawiającego ocena zasadności zastrzeżenia przez Wykonawcę B informacji zawartych w koncepcji realizacji usługi i w wyjaśnieniach z 3 marca 2020 r. była nieprawidłowa, skutkiem czego jest nakaz skorygowania tej czynności.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: .....