

**WYROK**

**z dnia 6 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:** Katarzyna Odrzywolska  
**Członkowie:** Anna Osiecka  
Aleksandra Patyk  
**Protokolant:** Aldona Karpińska  
Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2021 r. i w dniu 2 sierpnia 2021 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2021 r. przez wykonawcę: **Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Conectio Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**

przy udziale wykonawcy: **Sidly Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

2. uwzględnia odwołanie i stwierdza naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów:

- 1.1. art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji wskazanych przez Sidly w wykazie dotyczących dostaw i usług, składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych, informacji wskazanych przez Sidly w dokumentach potwierdzających, iż wskazane w wykazie dostaw i usług zostały wykonane należycie, składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych oraz informacji wskazanych przez Sidly w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (część tajna);
- 1.2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie, wskutek błędnego uznania, iż oferta ta nie spełnia wymogu SWZ, a to pkt WT\_102 - tj. nie posiada funkcjonalności Switch (EHS).
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego w części 2/3 i zamawiającego w części 1/3, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą 1/3 część kosztów postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1739/21

**UZASADNIENIE**

**Conectio Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) zwanej dalej: „ustawa Pzp” postępowanie pn. „Utworzenie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum i utrzymanie systemu teleopieki” zamówienie udzielane w ramach projektu Kujawsko-Pomorska Teleopieka realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014 - 2020, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Osi Priorytetowej 9. Solidarne społeczeństwo Działanie 9.3 Rozwój usług zdrowotnych i społecznych Poddziałanie 9.3.2 Rozwój usług społecznych (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 stycznia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2021/S 018-041737.

W dniu 31 maja 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: **Sidly Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „Sidly” lub „przystępujący”).

W dniu 10 czerwca 2021 r. przez wykonawcę: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „odwołujący” lub „Comarch”), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec czynności: wyboru oferty Sidly, odrzucenia oferty Comarch, badania i oceny ofert, a także zaniechania: odrzucenia oferty Sidly i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji, które w ocenie zamawiającego, stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Sidly.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”) poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania odwołującemu:

- a) informacji wskazanych przez Sidly w wykazie, dotyczących dostaw i usług zarówno publicznych, jak i prywatnych (przedmiot dostawy/ usługi, kwoty, daty, odbiorców etc.), składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych;
- b) informacji wskazanych przez Sidly w dokumentach potwierdzających, iż wskazane w wykazie dostaw i usług, o którym mowa w lit. a powyżej, są wykonane należycie, składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych;
- c) informacji wskazanych przez Sidly w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (część tajna);
- d) informacji z przeprowadzenia prezentacji próbki oferowanego oprogramowania w dniu 6 maja 2021 r. (w szczególności nagrania prezentacji);

pomimo iż ww. informacje: nie stanowią informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Sidly, który to wykonawca nadmiarowo objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, które nie wypełniają dyspozycji art. 11 ust. 2 UZNK, nie zostały zastrzeżone przez Sidly zgodnie z wymogami ustawy Pzp - w szczególności Sidly nie sprostало ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, zostały bezzasadnie i nadmiarowo utajnione celem uniemożliwienia pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu weryfikacji, czy Sidly spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału i nie podlega wykluczeniu oraz czy oferta Sidly nie podlega odrzuceniu;

2.art. 224 ust. 1 i 3, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę i zaniechanie odrzucenia oferty Sidly, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż zamawiający błędnie ocenił złożone przez Sidly wyjaśnienia oraz dowody w zakresie rażąco niskiej ceny: zarówno ceny jako całości, jak i istotnych części składowych ceny, nieprawidłowo przeanalizował i błędnie ocenił wyjaśnienia w zakresie czynników cenotwórczych (wyliczeń kosztów), a Sidly nie udowodnił realności zaoferowanej w postępowaniu ceny, nie udowodnił, iż możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów za zaoferowaną cenę, co stanowi także o rażącym naruszeniu przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zasady uczciwej konkurencji, a także niezachowaniu bezstronności i obiektywizmu - przy czym zarzut ten odwołujący stawia jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odtajnienia i przekazania odwołującemu informacji wskazanych przez Sidly w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (część tajna);

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru i zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ:

- a) oferowana przez Sidly bransoletka nie spełnia wymogu IP 65, o którym mowa w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”), a ponadto oferta zawiera dwa sprzeczne ze sobą twierdzenia, czy spełnia (czy nie) wymóg IP 66;
- b) Sidly nie wskazało w ofercie, jaką wersję oprogramowania konkretnie oferuje, a w konsekwencji zamawiający nie ma możliwości weryfikacji, czy wersja będąca przedmiotem prezentacji jest zgodna z wersją oferowaną oraz jaka wersja jest de facto wersją oferowaną;

4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b, c w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sidly, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa: wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty Sidly, który nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (referencji) w kontekście warunku, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, przy czym zamawiający naruszył także art. 108 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż zaniechał wykluczenia Sidly na ww. podstawie; w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty Sidly, przy czym zamawiający naruszył także art. 108 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż zaniechał wykluczenia Sidly na ww. podstawie, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, czym zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, oraz wykonawcy, który nie przedstawił środków dowodowych na potwierdzenie należytego wykonania dostaw / usług, o których mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, a z ostrożności art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień JEDZ oraz złożonych środków podmiotowych dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ;

5.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Comarch, wskutek błędnego uznania, iż oferta ta nie spełnia wymogu SWZ, a to pkt WT\_102 - tj. nie posiada funkcjonalności Switch (EHS), która umożliwiałaby współpracę ze słuchawką, a z ostrożności art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Comarch do wyjaśnień oferty w sytuacji, w której wykonawca Sidly był wzywany do wyjaśniania swojej oferty w analogicznych okolicznościach;

6.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru i zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ to oferowany przez Sidly telefon nie spełnia wymogu SWZ, a to pkt WT 102 - nie zapewnia współpracy ze słuchawką.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- 2.unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
  - 3.powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
  - 4.dokonania czynności ujawnienia (odtajnienia) i przekazania odwołującemu następujących informacji: (i) informacji wskazanych przez Sidly w wykazie, dotyczących dostaw i usług zarówno publicznych, jak i prywatnych (przedmiot dostawy/ usługi, kwoty, daty, odbiorców etc.), składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych; (ii) informacji wskazanych przez Sidly w dokumentach potwierdzających, iż wskazane w wykazie dostaw i usług, o którym mowa w lit. a powyżej, są wykonane należycie, składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych; (iii) informacji wskazanych przez Sidly w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (część tajna); (iv) informacji z przeprowadzenia prezentacji próbki oferowanego oprogramowania w dniu 6 maja 2021 r. (w szczególności nagrania prezentacji);
  - 5.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Comarch (oraz z ostrożności procesowej - wezwania Comarch do wyjaśnień treści oferty);
  - 6.odrzucenia oferty Sidly i wykluczenia Sidly, ewentualnie wezwania Sidly do wyjaśnień, zgodnie z uzasadnieniem;
  - 7.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, na okoliczności wskazane w dacie ich powołania,
- a także
- 8.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Uzasadniając zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK odwołujący wskazał, iż Sidly prawidłowo nie oświadczyło, iż informacje dotyczące dostaw i usług są zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podnosił, że wykaz usług/ dostaw załączony do JEDZ został udostępniony odwołującemu - zatem są to informacje jawne, a jeśli są powielone w wykazie/ środkach podmiotowych składanych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. (odwołujący nie ma pewności, iż tak jest) - powinny mu zostać przekazane zgodnie z wnioskiem o udostępnienie dokumentów. Sidly w piśmie z 24 maja 2021 r. podejmuje próbę konwalidowania bezskutecznego utajnienia (w sposób spóźniony - wykaz był składany wraz z JEDZ) informacji, celem uniemożliwienia konkurencji weryfikacji rzekomo posiadanego doświadczenia Sidly. Za informacje tajne nie mogą być uznane w szczególności oświadczenia podmiotów, które dotyczą okoliczności, czy dane zamówienie zostało wykonane w sposób należyty czy też nie (o ile Sidly takie oświadczenia przedstawił - co odwołujący kwestionuje).

Mając na uwadze, iż art. 11 ust. 2 UZNK wymaga łącznego spełnienia przesłanek do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący podniósł, że Sidly nie wykazało, iż informacje zawarte w w/w dokumentach posiadają wartość gospodarczą.

Sidly nie wykazało również, iż ten konkretny zestaw wykonanych dostaw i usług (sporządzony na potrzeby postępowania i wymogów SWZ) oraz środki dowodowe przekazane 24 maja 2021 r. niesie ze sobą jakiegokolwiek informacje handlowe czy organizacyjne - co więcej nie wykazało, iż takie informacje posiadają wartość gospodarczą (brak jest jakiegokolwiek wyводу w tym zakresie - poza gołosłownymi zapewnieniami, iż taka wartość gospodarcza wykazu istnieje). Nota bene o tym, jak dużą wagę przykładają Sidly do wartości gospodarczej informacji w wykazie dostaw/ usług, świadczy fakt, iż wykonawca ten nie dołożył żadnej staranności na etapie składania oferty, co skutkowało odtajnieniem wykazu dołączonego do JEDZ. Jeśli zaś 24 maja 2021 r. powołano nowe usługi/dostawy, to wskazać należy, iż to zamawiający powinien dokonać stosownej kwerendy w szczególności w Internecie i odtajnić dostawy i usługi realizowane na gruncie ustawy Pzp lub innych procedur gwarantujących jawność (co jest związane z wydatkowaniem środków publicznych, wydatkowaniem środków UE lub powszechnie znanych funduszy por. baza konkurencyjności) oraz te dostawy i usługi, o których informacje są powszechnie dostępne w Internecie (także jeśli mają niepubliczny charakter).

Wskazał również, iż Sidly umieszcza szereg informacji o realizowanych projektach na swojej stronie internetowej - a zatem mają one charakter jawny - i nie mogą podlegać utajnieniu. Zdaniem Comarch utajnienie całości wykazu i dokumentów podmiotowych jest nadmiarowe i ma jeden cel: uniemożliwienie pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu weryfikacji, czy Sidly spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału.

Odnosząc się z kolei do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Sidly wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w zakresie treści niedostępnej, to jego zdaniem ma wyłącznie na celu uniemożliwienie weryfikacji wyjaśnień przez konkurencję, która znając warunki rynkowe, potrafi zweryfikować opłacalność oferty i ma na celu ukrycie faktu, iż zaoferowana przez Sidly cena nie jest realna - jest rażąco niska. Zamawiający poprzez zaniechanie odtajnienia naruszył zasadę jawności postępowania, bezkrytycznie przyjmując treść zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może a priori przyjąć, iż dane informacje mają cechy tajemnicy przedsiębiorstwa - ale winien szczegółowo przeanalizować treść zastrzeżenia i uzasadnienia oraz przedstawione przez wykonawcę dowody. Informacje należy traktować indywidualnie, a nie zbiorczo (gdyż zastrzeżeniu podlegają konkretne, posiadające wartość gospodarczą, informacje) - w stosunku do każdej informacji przekazywanej przez wykonawcę istnieje obowiązek wykazania przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK.

Zdaniem odwołującego Sidly nie wykazało spełnienia się wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Brakującym elementem, którego Sidly nie wykazał w uzasadnieniu dołączonym do wyjaśnień jest m. in. przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Sidly poprzestało na twierdzeniu, iż informacje taką wartość posiadają. Jest to jednak zbyt mało, aby zastrzeżenie było skuteczne. Po stronie Sidly istniał więc obowiązek wykazania wartości gospodarczej każdej zastrzeżonej informacji, czemu Sidly nie sprostało.

Odwołujący odnosił się do treści uzasadnienia, w którym Sidly wskazuje: Zaprezentowane informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż ich rozpowszechnianie może zagrażać pozycji wykonawcy na rynku usług emisji sygnału. To spekulacja, nie poparta żadnym dowodem. Przedmiot zamówienia odnosi się do wdrożenia systemu informatycznego

- wykonawca Sidly nie wyjaśnia, dlaczego ujawnienie kalkulacji dot. wdrożenia konkretnego systemu mogłoby pogorszyć pozycję wykonawcy na innym rynku, jakim jest rynek usług emisji sygnału. Wykonawca Sidly wskazuje, iż zastrzeżone informacje odnoszą się do aspektów technicznych, technologicznych oraz przyjętych rozwiązań organizacyjnych przedsiębiorstwa w trakcie wykonywania zamówienia - niemniej nie bierze pod uwagę, iż wadliwie zastrzegł koncepcję architektury systemu, co spowodowało, iż informacje zawarte w tym dokumencie są już informacjami jawnymi (dokument został przekazany odwołującemu), a zatem - jeśli są powielone w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny - powinny być odtajnione i przekazane odwołującemu. Sidly w ogóle nie wyjaśnia także, jak informacje dotyczące realizacji konkretnego zamówienia (o zindywidualizowanej specyfikacji dedykowanej konkretnemu zamawiającemu) oraz konkretnej kalkulacji (która już się nie powtórzy) mają się przekładać na realizację innych zamówień - nie wykazuje wartości gospodarczej tych informacji. Co więcej - informacje, które wynikają z SWZ - a ten dokument przecież determinuje aspekty techniczne i technologiczne w trakcie wykonywania zamówienia - są jawne i nie mogą podlegać utajnieniu. Twierdzenia Sidly co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji mają co najwyżej charakter spekulacji - a nie wykazują realnej wartości gospodarczej informacji zawartych w wyjaśnieniach w sposób logiczny i zgodny z doświadczeniem życiowym. Wykonawca Sidly dodatkowo sam sobie w tych wyjaśnieniach przeczy - z jednej strony powołuje się na konieczność ochrony kontrahentów - z drugiej strony dobrowolnie wskazuje, iż hosting będzie świadczyć EXEA, która udzieliła oferty standardowej. Wykonawca Sidly nie bierze także pod uwagę, iż fakt podwykonawstwa na gruncie ustawy Pzp jest okolicznością jawną, zaś fakt współpracy Sidly z konkretnymi kontrahentami jest faktem powszechnie znanym osobom biorącym udział w zamówieniach publicznych, związanych z teleopieką i systemami do teleopieki - choćby z analizy złożonych wcześniej ofert.

Odwołujący kwestionował również zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji przekazywanych podczas prezentacji próbki oprogramowania Sidly w dniu 6 maja 2021 r., podczas której zamawiający sporządził nagranie, dokumentujące przebieg prezentacji oraz stanowiące załącznik do protokołu postępowania. Pomimo wniosku odwołującego o udostępnienie nagrania (złożonego po wyborze oferty), zamawiający odmówił udostępnienia tego nagrania. Comarch przypomniał, że próbka (zgodnie z wymogami SWZ) była składana wraz z ofertą (co dotyczy także oprogramowania w chmurze, którego wykonawcy co prawda fizycznie (na dysku) nie składali w siedzibie zamawiającego, ale nie mogli modyfikować od momentu złożenia oferty). O tym, że Sidly nie złożył stosownego zastrzeżenia z ofertą świadczy stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z 17 maja 2021 r. - zamawiający wskazał tam obszary, które Sidly chciało utajnić jako tajemnicę przedsiębiorstwa - niemniej nie ma i było w nich informacji przekazywanych podczas prezentacji. Podkreślił, iż 2 czerwca 2021 r. (a więc już po wyborze oferty) zamawiający odtajnił i udostępnił odwołującemu całość dokumentów, które Sidly oznaczyło w ofercie jako tajne, rozprawiając się z niestarannością tego wykonawcy w dokonanym zastrzeżeniu.

Z przekazanej odwołującemu dokumentacji nie wynika, by w dniu 6 maja 2021 r. (w dniu prezentacji) Sidly dokonał, zdaniem odwołującego spóźnionego wobec terminu złożenia próbki, zastrzeżenia informacji przekazywanych podczas prezentacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy zgodnie z wymogami ustawy Pzp. Jeśli by tak było, to zamawiający winien przedstawić treść uzasadnienia zastrzeżenia odwołującemu (czego jednak nie uczynił), zaś samo zastrzeżenie należy uznać za spóźnione. Zdaniem odwołującego wniosek z w/w stanu faktycznego jest prosty - Sidly w ogóle nie zastrzegło informacji przekazywanych podczas prezentacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak stosownego zastrzeżenia (oświadczenia) w ogóle stanowi o niespełnieniu przesłanek wynikających z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i skutkować winno udostępnieniem odwołującemu wszystkich informacji „zastrzeżonych” - czyli po prostu błędnie oznaczonych jako tajne. Oświadczenie takie powinno być jednoznaczne i nie może być dedukowane czy uzupełniane przez zamawiającego, gdyż godziłoby to w zasadę równego traktowania wykonawców - zamawiający zastępowałby dysponenta informacji, na którym ciąży obowiązek ich właściwego zastrzeżenia i wykazania przesłanek tego zastrzeżenia.

Podnosząc zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 i 3, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę i zaniechanie odrzucenia oferty Sidly, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia odwołujący na wstępie wskazał, iż w załączeniu przedstawia w formie tabelarycznej zakres wybranych prac, których wykonania wymaga SWZ, oraz odpowiadających im kosztów, które winien był skalkulować Sidly w swojej ofercie w pkt 6 formularza ofertowego. Brak skalkulowania przez Sidly przedstawionych, a wynikających z SWZ kosztów na poziomie rynkowym świadczy o nieprawidłowym i nierzetelnym sporządzeniu oferty oraz o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej.

Ponadto zwrócił uwagę, że w piśmie z 17 maja 2021 r. Sidly wskazuje wyjaśnienia, które nie stanowią i nie mogą stanowić okoliczności relewantnych dla oferowanej przez Sidly ceny, między innymi: (12) SiDLY jest producentem bezpośrednio współpracującym

z dostawcami komponentów elektronicznych, dzięki czemu w cenie nie nakłada dodatkowych marż dystrybucyjnych. Ponadto, spółka posiada wewnętrzny dział R+D i produkcji, który wytwarza oprogramowanie. Dla spółki zatem koszty wytwórcze to głównie koszty własne i elementów elektronicznych. Wskazane okoliczności nie są właściwe tylko i wyłącznie dla Sidly, nie stanowią o przewadze konkurencyjnej Sidly. Pozostali wykonawcy na rynku IT też współpracują bezpośrednio z dostawcami komponentów elektronicznych i nie jest to żadna okoliczność typowa dla tego wykonawcy. Dzięki optymalizacji łańcucha dostaw w zakresie poszczególnych komponentów inni też optymalizują koszty - co nie jest postępowaniem jedynie właściwym dla Sidly, a zatem nie może być okolicznością wpływającą na obniżenie ceny. Można wręcz powiedzieć, że to Comarch jako spółka wchodząca w skład Grupy Kapitałowej Comarch i działająca na rynku dłużej, ma możliwość uzyskiwania lepszych warunków współpracy. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku posiadania działu R+D. Inni wykonawcy też posiadają takie wydziały - co pozwala na prowadzenie badań w ramach organizacji, w praktyce rynkowej można nawet uznać, że posiadanie działu R+D jest warunkiem zachowania obecności na rynku w danym sektorze gospodarki. Przy czym, jak informuje Sidly na jej stronie, większość prac B+R dofinansowana jest głównie z dofinansowaniem z Funduszy Europejskich czy Narodowego Centrum Badań i Rozwoju. Jeśli Sidly powoływałaby się na fakt takiego dofinansowania - to musiałaby rzetelnie wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy danym dofinansowaniem (które ma przecież jasno określony cel) a zaoferowaną w niniejszym przetargu ceną. Sam fakt dofinansowania nie jest bowiem niczym nadzwyczajnym - również Comarch realizuje projekty dofinansowywane ze źródeł zewnętrznych.

Dalej Sidly stwierdza: (13) Spółka przed ogłoszeniem postępowania posiadała produkt w postaci Aplikacji do Teleopieki, w większości zgodny z wymaganiami zamawiającego, zatem koszty związane z aplikacją były znikome, gdyż dotyczyły jedynie niewielkiej modyfikacji już istniejącego na rynku oprogramowania Sidly (zostało to szczegółowo

omówione w treści wyjaśnień). W przedłożonym przez Sidly dokumencie Załącznik do Formularza ofertowego Spełnienie Wymagań OPZ, wskazano, że wersja produktu dla Aplikacji - oprogramowanie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum (system Teleopieki) to .com. Przy czym w ramach cytowanego wyjaśnienia Sidly wskazuje, że platforma wymaga „jedynie niewielkiej modyfikacji już istniejącego na rynku oprogramowania Sidly”. Wobec tak sformułowanego wyjaśnienia Sidly przyznaje się, że zaoferowało Aplikację niezgodną z SWZ, gdzie zamawiający wskazuje, iż oczekuje dostarczenia i wdrożenia w pełni funkcjonalnego i przetestowanego na dzień składania oferty systemu informatycznego - Aplikacji - na potrzeby funkcjonowania Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum. Odwołujący zaznaczył, że sam też posiada rozwinięte oprogramowanie Aplikacji telecentrum - obecne na rynku od wielu lat. Zatem sam fakt dysponowania oprogramowaniem zbliżonym do wymagań zamawiającego nie powinien przekładać się na przedstawiony poziom ceny przez Sidly, a na pewno nie uzasadnia ceny w pkt 6 formularza ofertowego - ceny za utrzymanie systemu etc., po zakończeniu wdrożenia.

Ponadto Sidly oświadcza (14) Z platformy Sidly korzysta ponad 400 jednostek. Platforma do teleopieki to jego autorski produkt, sprzedawany od roku 2015 (załącznik 21). Ceny firmy Sidly są cenami regularnymi i rynkowymi o czym szerzej opisaliśmy w załączniku. Ponieważ spółka posiadała już platformę opisaną w dokumentacji przetargowej, nie istniała potrzeba zwiększania cen świadczenia poza ceny rynkowe przez nas stosowane. Dla porównania cena udostępnienia Oprogramowania i udzielenia niewyłącznej licencji na korzystanie z Oprogramowania do teleopieki Sidly przez nieograniczoną liczbę osób na czas od 31 sierpnia 2019 r. do 30 czerwca 2022 r. wynosi 79.704,00 PLN (załącznik nr 20). Odwołujący zaznaczył w tym miejscu, że przedmiotem niniejszego postępowania jest dostarczenie Aplikacji telecentrum wraz z wdrożeniem i utrzymaniem, a nie świadczenie usługi teleopieki. Wskazywanie ceny licencji odnoszącej się do usługi świadczenia usług teleopieki w perspektywie wdrożenia telecentrum i utrzymania w odrębnej infrastrukturze zamawiającego, nie stanowi merytorycznego porównania. Czym innym jest świadczenie usług we własnej infrastrukturze dla dużego wolumenu użytkowników a czym innym utrzymywanie rozwiązania w infrastrukturze zewnętrznej - co wiąże się z poniesieniem większych kosztów związanych z zakupem infrastruktury, obsługą zgłoszeń - brakiem możliwości optymalizacji - wynikającym z uwarunkowań bazowania na zewnętrznej infrastrukturze. Tym samym nie ma tutaj miejsca optymalizacja kosztów ze względu na liczbę użytkowników - gdyż jest ona z góry wskazana przez zamawiającego i taka sama dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Sidly takim wyjaśnieniem wprowadza zamawiającego w błąd, a wynika on głównie ze złego użycia pojęć. Ponadto, wskazany załącznik 21a wskazuje na realizację UMOWA NR 37/B- M/UZ/PR/2015 z dnia 16 grudnia 2015 r. w Warszawie między Miastem Stołecznym Warszawa, w imieniu którego działa Dom Pomocy Społecznej „Syrena” w Warszawie, a Sidly na przedmiot zamówienia, który stanowi pilotaż jak wskazuje paragraf drugi umowy, podpunkt 1 - Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia następujących sprzętów i oprogramowania: 12 sztuk wersji testowej (demo) urządzenia Sidly Care (Urządzenie Testowe) wraz z oprogramowaniem wewnętrznym Urządzenia Testowego (program) oraz aplikacją Sidly Care (Aplikacja) na smartfony z systemem operacyjnym Android, służącą do obsługi Urządzenia Testowego, zgodnie ze specyfikacją stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszej umowy. Jak czytamy w paragrafie 3 punkt 1 Umowa niniejsza będzie realizowana w okresie od dnia 21 grudnia 2015 r. do dnia 1 lutego 2016 r. - co oznacza realizację umowy w terminie około 1,5 miesiąca. Pilotaż co do zasady nie jest w pełni wymiarowym produktem - oferowanym na rynku. Jest oferowany przedsiębiorstwom na zasadzie umowy. W niniejszej umowie wartość proponowanego zestawu to 11 069,52 brutto, co w perspektywie miesiąca świadczenia usługi nie wydaje się małą kwotą.

Ponadto Sidly w tym wyjaśnieniu przeczy poprzedniemu wyjaśnieniu twierdząc, że ponieważ Sidly posiadała już platformę opisaną w dokumentacji przetargowej - co stoi w sprzeczności z całością wyjaśnienia (13) gdzie spółka twierdzi, że: (13) Spółka przed ogłoszeniem postępowania posiadała produkt w postaci Aplikacji do Teleopieki w większości zgodny z wymaganiami zamawiającego, zatem koszty związane z aplikacją były znikome, gdyż dotyczyły jedynie niewielkiej modyfikacji już istniejącego na rynku oprogramowania Sidly. Zatem spółka celowo zaniżyła wartość licencji - nie uwzględniając kosztu modyfikacji, o których jawnie pisze w poprzednim wyjaśnieniu. Rodzi to podejrzenie, że spółka zamiast wdrażania gotowego rozwiązania, praktykuje wdrożenia rozwiązań testowych. To stawia pod znakiem zapytania jakość finalnego oprogramowania. Tym bardziej, że ma ono wspomagać zapewnienie bezpieczeństwa osób objętych opieką telecentrum.

Dalej odwołujący przywoływał argumentację Sidly (17) Zwracamy uwagę na to, iż jedną z przyczyn istotnej różnicy w cenach oferty Sidly oraz Comarch jest znacząca różnica w kosztach stałych ponoszonych przez oba przedsiębiorstwa. (a) Koszty ogólnego zarządu. Comarch jako spółka akcyjna ponosi koszty większej sprawozdawczości publicznej, ponadto posiada Radę Nadzorczą oraz 3 prokurentów, a także 4 członków zarządu. Dodatkowo aktualny odpis KRS wskazuje na koszt utrzymania 6 oddziałów terenowych - co istotnie zwiększa koszty stałe. Zgodnie ze składanymi sprawozdaniami w roku 2019 stanowiło to kwotę 2.806 tys. PLN. (b) Koszty finansowe - zgodnie ze składanymi sprawozdaniami spłacane odsetki Comarch Healthcare w 2019 roku wyniosły 612 tys. PLN w ujęciu rocznym. W Sidly było to około 19.155 PLN w analogicznym okresie. Odwołujący zauważył, że takie porównanie jest bezprzedmiotowe a oferta Comarch nie powinna być punktem odniesienia. Mamy do czynienia z dwoma przedsiębiorstwami o całkowicie odmiennej wielkości prowadzonej działalności, zatem także o różnych kosztach stałych obciążających cenę oferty. Porównanie skali przedsiębiorstw nie stanowi argumentu w przypadku rażąco niskiej ceny ze względu na fakt, że obie oferty kalkulowane zostały adekwatnie do tego samego SWZ oraz OPZ - odnosząc się do aktualnych kosztów komponentów, sprzętu, usług wymaganych dla dostarczenia przedmiotu zamówienia czy kosztów pracy. Ponadto Spółka Sidly jako pojedynczy podmiot gospodarczy - nie wchodzący w skład grupy - nie ma możliwości korzystania z know-how międzynarodowej grupy kapitałowej. Dlatego też wykazywanie mniejszych kosztów ze względu na formę organizacji podmiotu, nie jest tutaj podstawą do argumentacji wskazanej oferty w ramach niniejszego postępowania.

Z kolei co do argumentu (20) Spółka Sidly to doświadczona firma świadcząca usługi teleopieki, która współtworzyła rynek usług teleopieki już od 2014 roku. Jako pierwszy stworzyliśmy model opieki senioralnej za pomocą opaski teledydycznej. Dzięki wysokiej jakości świadczonych usług liczba klientów korzystających z opasek jest liczona w tysiącach. Tylko w 2020 roku firma uratowała zdrowie i życie ponad 500 osób co stanowiło niewielki procent monitorowanych osób. Rosnąca skala sprzedaży opasek Sidly, oraz oprogramowania Sidly sprawia, że Spółka może uzyskiwać coraz większe rabaty u dostawców, o czym szerzej piszemy w załączniku do niniejszego pisma. Z kolei zdaniem odwołującego są to okoliczności irrelewantne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, jakim jest wdrożenie systemu informatycznego - a nie świadczenie usługi teleopieki. Podkreślił, iż zgodnie z wyrokiem KIO doświadczenie w zakresie prowadzenia usług teleopiekuńczych nie przekłada się na zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia w przypadku rzeczonożego zamówienia, które dotyczy dostarczenia rozwiązania telecentrum - polegającego na dostawie

opasek, systemu wraz z jego wdrożeniem i utrzymaniem. Doświadczenie w usługach teleopieki nie ma żadnego przełożenia na cenę usług informatycznych.

Odwołujący odniósł się także do argumentacji (22) Po pierwsze podkreślamy, iż wartość kosztów pracy, które została przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177 oraz z 2019 r., poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Kolejno należy zwrócić uwagę na to, iż w małych i mikro przedsiębiorstwach należy szczególnie dbać o koszty by nie utracić płynności finansowej, stąd koszt pracy pracowników może być niższy niż w korporacjach. Szczególnie w firmach największych jak np. Comarch wynagrodzenia pracowników mogą być znacznie wyższe. Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach części jawnej wyjaśnienia Sidly nie wskazało, jaki wymiar kosztów pracy ponosi w ramach niniejszego zamówienia. Trudno uznać powyższe wyjaśnienia za rzetelne ze względu na fakt, że branżę IT charakteryzuje brak pracowników oraz wysokie koszty pracy - bez względu na formę prawną prowadzonej działalności. Rynek IT - szczególnie na możliwości pracy zdalnej - charakteryzuje się stałym wzrostem wynagrodzeń. Zatem zarówno małe jak i duże przedsiębiorstwa muszą oferować konkurencyjne stawki w celu pozyskania pracowników. Zganie z przywołanym raportem, opublikowanym na stronie internetowej, na najlepsze zarobki w branży IT mogą liczyć specjaliści pracujący w Warszawie (średnia prawie 9,5 tys. zł). W zależności od lokalizacji różnica w wynagrodzeniu może wynosić nawet 40%. Najmniejsze różnice pomiędzy miastami możemy spotkać przy stanowiskach seniorskich (średnia różnica na poziomie 15%). Na najniższe zarobki muszą przygotować się mieszkańcy takich miast jak Rzeszów, Lublin czy Szczecin. Wyjaśnienia Sidly są czystą spekulacją, która nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym.

Odwołujący w szczególności odniósł się do przedmiotu zamówienia, opisanego w pkt 6, wskazując, iż przeciętna stawka rynkowa, za którą operatorzy telekomunikacyjni sprzedają karty SIM w wersji bez limitu danych, to 5 PLN netto miesięcznie. Kwota ta wynika z wieloletniej analizy ofert operatorów przez Comarch, na potrzeby przetargów publicznych. Zakładając zatem 2263 karty SIM (wraz z dodatkowym stockiem), razy 26 miesięcy (czas trwania projektu), mamy koszt minimalny (bez marży sprzedającego) 294 190,00 PLN. Zaznaczył, że nie są mu znane realne koszty aplikacji, ale mając doświadczenie rynkowe zakłada, że minimalny koszt dostępu do Aplikacji plus udzielone licencje, dla jednego konta (użytkownika) w Aplikacji to 2 PLN miesięcznie. Biorąc pod uwagę liczbę użytkowników oraz czas trwania projektu, koszt aplikacji to minimum 109 876,00 PLN. Odliczając powyższe kwoty od wartości netto 629 410,10 PLN, otrzymujemy kwotę 224 975,00 PLN. Dzieląc ją przez 26 miesięcy otrzymujemy kwotę 8 652,89 PLN.

Co więcej, zgodnie z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, w piśmie z dnia 17 maja 2021 r. Sidly wskazuje, że na hosting pozyskało ofertę firmy Exea - wyjaśnienia dotyczące wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. W tym aspekcie podkreślił, iż oferta podwykonawcy Sidly - firmy Exea jest standardową ofertą udzieloną również firmie konkurencyjnej. Zakładając prawdziwość powyższych wyjaśnień, na sam hosting Sidly powinno założyć około 23 000,00 PLN miesięcznie. Ta kwota znacząco przewyższa kwotę 8 652,89 PLN, którą Sidly dysponowało na pokrycie pozostałych kosztów - co stanowi ewidentny dowód specjalnego zaniżenia ceny oferty. Jednocześnie odwołujący wskazał skąd wynika konieczność poniesienia kosztów hostingu na poziomie 23 000,00 PLN i dlaczego nierealnym są koszty hostingu na poziomie 8 652,89 PLN. Według Sidly kwota 8 652,89 PLN powinna wystarczyć na hosting wraz z usługą utrzymania oraz wsparcie techniczne (zakres prac w tym zakresie wskazano w tabeli). Biorąc pod uwagę bardzo wysokie wymagania dotyczące dostępności aplikacji w projekcie (SWZ: Aplikacja ma zapewnić możliwość działania Telecentrum w zakresie obsługi urządzeń Opasek 24/7 z gwarancją SLA 99,99% w skali roku. Oznacza to niedostępność aplikacji na poziomie 52 minut rocznie), wymaganie jest zaprojektowanie całej infrastruktury z pominięciem pojedynczego punktu awarii. 52 minuty niedostępności w skali roku oznacza bowiem, że nie jest możliwe w przypadku awarii przeniesienie danych z jednego serwera na drugi i ponowne uruchomienie. Takie wymagania spełnione mogą zostać jedynie przez dwa serwery, posiadające taki sam zasób danych (czyli informacje o tym, że udzielono pomocy użytkownikowi X zapisywana jest nie na jednym, ale na dwóch serwerach). W przypadku jakiegokolwiek awarii, obowiązki serwera głównego przejmuje serwer zapasowy. Jako że Comarch jest jednym ze znaczących graczy na rynku Cloud Computing, zna bardzo dokładnie strukturę kosztów operatorów Data Center. Dla oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym zakresie konieczne jest odpowiedzenie sobie na pytanie: co w ramach opłat miesięcznych powinno być dostarczone przez operatora Data Center - wg Dobrych Praktyk, w ramach usługi administracji, zarządzania i utrzymania serwera fizycznego powinno być świadczonych szereg usług. Odwołujący przyznał, że nie zna wymagań sprzętowych, jakie ma rozwiązanie konkurencyjne, więc siłą rzeczy nie może oszacować dokładnie ich kosztu (choć koszt spełnienia tych wymagań Sidly powinno w kalkulować w cenę oferty), natomiast może oszacować pozostałe rynkowe koszty miesięczne: Koszty zewnętrzne - 200 PLN, Koszty przestrzeni backupowej - 500 PLN. W tej cenie założył backup dzienny, plus tygodniowy i kwartalny. Należy pamiętać, że dane powinny być przechowywane przez cały czas trwania projektu, czyli 26 miesięcy, a na zakończenie powinny być przekazane użytkownikowi w takiej formie, aby mógł z nich korzystać w sposób ciągły. Koszty licencji/subskrypcji - 300 PLN Koszty łączu telekomunikacyjnych - 200 PLN. Zakładając średnią stawkę rynkową dla specjalisty IT, który zajmuje się obsługą data center, na poziomie 2.500 PLN/MD otrzymujemy kwotę łączną 4 433,33 PLN. Od kwoty 8 652,89 PLN (miesięcznie) jaka pozostała na hosting odejmujemy koszty stałe, czyli 4 433,33 PLN, co w konsekwencji daje nam kwotę 4 219,56 PLN miesięcznie. Kwota ta musi pokryć koszt zakupu przynajmniej dwóch serwerów dla potrzeb aplikacji, plus dodatkowe serwery na środowisko testowe (zgodnie z SWZ: Wszelkie zmiany, testy i aktualizacje Aplikacji muszą być dokonywane w Środowisku Testowym i przejść pozytywną walidację wykonawcy potwierdzoną każdorazowo zamawiającemu przed wgraniem lub zmianą w Środowisku Produkcyjnym). Jest to kwota całkowicie nierealna, biorąc pod uwagę wymagania SWZ i ceny rynkowe serwerów. Odwołujący zaznaczył, że wszystkie przytoczone wyżej wyliczenia nie zawierają marży dostawcy, a więc kwota finalna przeznaczona na wynajem serwerów powinna być jeszcze niższa. Na tej podstawie odwołujący wnioskuje, że kwota zadeklarowana w ofercie jest kwotą rażąco niską za tego typu rozwiązanie - jest kwotą poniżej kosztów usługi hostingu. Jednocześnie wskazywał, iż zgodnie z zakresem prac i przedmiotu zamówienia z pkt 6 należy też w stawce miesięcznej skalkulować inne prace i usługi - pracochłonność związaną z utrzymaniem systemu, wsparciem technicznym, aktualizacjami, gwarancją etc. - zgodnie z wymaganiami SWZ.

Reasumując, odwołujący stwierdził, iż mając na uwadze przedmiot postępowania oraz sporu (czy wykonawca Sidly złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę) oraz fakt, iż odwołujący nie jest w posiadaniu wszystkich dokumentów przedłożonych w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Sidly, zasadnym jest zweryfikowanie na rozprawie, czy

zamawiający rzeczywiście dokonał rzetelnego badania i oceny wyjaśnień ceny oferty Sidly. Rozpoznając odwołanie, zdaniem odwołującego, KIO w szczególności powinna zweryfikować, czy zamawiający dokonując oceny wyjaśnień prawidłowo rozpoznał kluczowe elementy ceny oraz prawidłowo zweryfikował przedstawione przez wykonawcę dowody. Jeśli z kolei nie zna on odpowiedzi na zasadnicze pytania i kwestie dotyczące kalkulacji Sidly lub nie jest w stanie wyjaśnić, dlaczego wyjaśnienia uznał za przekonujące, należy przyjąć, iż dokonana ocena wyjaśnień jest nieprawidłowa. Odwołujący wniósł o zadanie pytań zamawiającemu przez KIO na rozprawie, odnoszących się do kluczowych, jego zdaniem, elementów ceny oferty Sidly. Wniósł dodatkowo także o dokonanie weryfikacji przez KIO, czy i jaka jest treść wyjaśnień oraz jakie dowody świadczą o tym, iż podnoszone przez niego w odwołaniu kwestie zostały precyzyjnie i jednoznacznie wycenione i wykazane w obszarze realizowanym przez podwykonawców, którzy realizują kluczowe części zamówienia.

Odwołujący sformułował ponadto zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru i zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ oferowana przez Sidly bransoletka nie spełnia wymogu IP 65, o którym mowa w SWZ, a ponadto oferta zawiera dwa sprzeczne ze sobą twierdzenia, czy spełnia (czy nie) wymóg IP 66 oraz, że Sidly nie wskazało w ofercie, jaką wersję oprogramowania konkretnie oferuje, a w konsekwencji zamawiający nie ma możliwości weryfikacji, czy wersja będąca przedmiotem prezentacji jest zgodna z wersją oferowaną oraz jaka wersja jest de facto wersją oferowaną.

W powyższym zakresie argumentował, że zaoferowane przez Sidly urządzenie nie odpowiada wymogom SWZ, a to Opisowi Przedmiotu Zamówienia pkt 6.7 (str. 27) w zakresie wymagania WT\_117 tj. stopień ochrony zapewniony przez obudowę urządzenia nie mniej niż IP65. Bezsprzeczne jest bowiem, że zamawiający żądał, aby wykonawcy dostarczyli urządzenie spełniające minimalne wymaganie w zakresie stopnia ochrony IP65, jednocześnie przyznając złożonym ofertom dodatkowe punkty za zaoferowanie urządzeń, które posiadają również stopień ochrony IP 66 (3 pkt) oraz IP 67 (5 pkt). Z kolei zgodnie z Polską Normą PN-EN 60529 obudowa oznaczona drugą cyfrą charakterystyczną 7 lub 8 (IPX7 lub IPX8) może nie zapewnić odpowiedniej ochrony przy oblewaniu strugą wody (oznaczenie drugą cyfrą charakterystyczną 5 lub 6) i nie musi spełniać wymagań cyfry 5 lub 6, jeżeli nie jest oznaczona podwójnym kodem w następujący sposób IPX5/IPX7. Zgodnie z informacją znajdującą się na załączonej do oferty firmy Sidly karcie katalogowej, oferowane urządzenia spełniają tylko stopień ochrony zapewniony przez obudowę IP67. Z karty katalogowej nie wynika, iż urządzenia spełniają normę IP65. Ponieważ karta katalogowa stanowi oświadczenie producenta - logiczny i zgodny z doświadczeniem życiowym jest wniosek, iż nieumieszczenie oświadczenia o spełnianiu normy IP65 jest równoznaczne z tym, że dane urządzenie tej normy nie spełnia (inaczej producent by takie oświadczenie zamieścił - jako podmiot profesjonalny - odwołując się do obowiązującej normy i sposobu oznaczania urządzenia zeń wynikającej).

W tym miejscu wykonawca wskazał, iż nie ma na ten moment dostępu do próbki Sidly - niemniej stosowne oznaczenie powinno się również znaleźć na obudowie urządzenia składanego jako część próbki - jeśli takiego oznaczenia brak (co powinien zweryfikować zamawiający, a w przypadku zaniechania zamawiającego - Krajowa izba Odwoławcza podczas oględzin bransoletki Sidly stanowiącej element próbki, o co odwołujący wnosil) - to oznacza, iż zaoferowana bransoletka nie spełnia IP65, co stanowi obligatoryjny wymóg SWZ. Sidly nie potwierdził, iż urządzenie spełnia minimalną wymaganą przez zamawiającego klasę odporności w stopniu ochrony IP65, a tylko i wyłącznie stopień ochrony IP67, co jest sprzeczne z wymaganiem minimalnym (obligatoryjnym) dotyczącym stopnia ochrony znajdującym się w wyżej wskazanym punkcie SWZ.

Odwołujący zarzucił także zamawiającemu, iż nie zbadał próbki przedstawionej przez Sidly pod tym kątem, choć miał taką możliwość (próbka bransoletki jest w posiadaniu zamawiającego) oraz całkowicie błędnie rozumie zagadnienia związane z ochroną IP 65 i IP 67. Urządzenie może bowiem spełniać normę IP 67, a nie spełniać normy IP 65 - może też spełniać normę IP 65, a nie spełniać normy IP 67. Zakresy tych norm są rozłączne, a zamawiający zwrócił się do Sidly z prośbą o wyjaśnienie czy w związku z tym, iż oferowane urządzenie posiada stopień ochrony IP 67 oznacza, że spełniony jest jednocześnie wymóg posiadania przez oferowane przez wykonawcę urządzenia stopień ochrony IP 65. Z istoty Polskiej Normy PN-EN 60529 natomiast wynika, iż nie jest możliwa twierdząca odpowiedź na to pytanie, gdyż fakt, że urządzenie ma ochronę IP67 nic nie mówi o posiadaniu przez nie ochrony IP65. Odwołujący wskazał, iż odpowiedź Sidly nie jest zgodna z w/w normą, a ponadto w żaden sposób nie wyjaśnia rozbieżności pomiędzy kartą katalogową złożoną z próbką, a deklaracją w formularzu ofertowym oraz - jak domniemuje odwołujący - oznaczeniem bransoletki złożonej wraz z próbką a deklaracją w formularzu ofertowym.

W tym miejscu odwołujący dodatkowo wskazał, iż Sidly złożył dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia dotyczące spełniania norm IP 65 i IP 66: w formularzu ofertowym wskazał, iż bransoletka nie posiada stopnia ochrony IP 66, zaś w załączniku nr 7 do próbki (podpisanym i dołączonym do oferty) wskazał, iż bransoletka posiada stopień ochrony IP 66 - co świadczy o tym, że albo zaoferował bransoletkę w sposób wariantowy - albo w sposób, który nie pozwala na weryfikację, co zostało zaoferowane, co uzasadnia odrzucenie oferty Sidly. Świadczy to jednocześnie o tym, iż sam wykonawca Sidly nie wie, jakie normy spełnia oferowane przez niego urządzenie, a składane przez niego 17 maja 2021 r. wyjaśnienia - należy ocenić jako niewiarygodne.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek kwestionowania w/w okoliczności przez zamawiającego lub Sidly, odwołujący wniósł o powołanie biegłego - specjalisty w zakresie jakości (spełniania Polskiej Normy PN-EN 60529) w celu ustalenia stanu faktycznego, który wymaga wiadomości specjalnych: czy bransoletka Sidly stanowiąca element próbki posiada stopień ochrony IP65.

Z kolei odnosząc się do braku możliwości zweryfikowania wersji systemu odwołujący zauważył, że w przedłożonym przez Sidly dokumencie - Załącznik do Formularza ofertowego Spełnienie Wymagań OPZ - wskazał, że wersja produktu dla Aplikacji - oprogramowanie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum (system Teleopieki) to [www.sidly-platform.com](http://www.sidly-platform.com). W treści odwołania zaprezentował zrzut ze wskazanego dokumentu.

Odwołujący zauważył, że wskazanie jako wersji - linku do strony internetowej jest wysoce nieprecyzyjne i nie może stanowić podstawy do określenia wersji dostarczanego oprogramowania. Ponadto nadmieniał, że korzystając z załączonego linku użytkownik jest przekierowany na stronę, która nie prezentuje w żadnym miejscu, jaka jest to wersja systemu. Link przekierowuje do panelu logowania, który jak domniema odwołujący pozwala na logowanie do platformy, w tym także dla obecnych jej użytkowników komercyjnych, tzn. jest obecnie użytkowanym przez Sidly środowiskiem produkcyjnym. Podnoszona kwestia jest istotna ze względu na fakt, że zarówno w ramach SWZ jak i OPZ, zamawiający

sformułował konkretne wymagania, jakie ma spełniać oferowane rozwiązanie. Dostarczane oprogramowanie ma stanowić rozwiązanie działające, a ewentualne aktualizacje mają przechodzić proces wcześniejszej walidacji przed wgraniem na Środowisku Produkcyjnym.

To co zdaniem odwołującego istotne w niniejszej sprawie, w Załączniku nr 7 do SWZ pn.: Warunki dotyczące formy próbki oferowanego oprogramowania - zamawiający specyfikuje wymagania, że: (pkt 5) Próbkę należy opracować w oparciu o postanowienia niniejszego Załącznika w sposób umożliwiający zaprezentowanie wszystkich wymaganych właściwości zgodnie z postanowieniami kolumny „Sposób prezentacji wymogu”. Próbkę musi zostać przygotowana z użyciem oferowanej wersji Systemu, nie dopuszcza się prezentacji poglądowych z użyciem oprogramowania prezentacyjnego np. Microsoft Power Point oraz (pkt 15) Zamawiający dopuszcza wykorzystanie w pełni funkcjonalnego rozwiązania z własnego środowiska chmurowego wykonawcy, które zostanie wcześniej skonfigurowane i podczas prezentacji uruchomione na dostarczonej komputerze. Wykonawca może korzystać z połączenia do sieci Internet w celu wykorzystania w pełni funkcjonalnego rozwiązania z własnego środowiska chmurowego wykonawcy. Łącze internetowe (wraz z koniecznym oprogramowaniem i sprzętem) zapewnia wykonawca. Podczas prezentacji próbki niedopuszczalne jest: (a) instalowanie oprogramowania, (b) wgrywanie (przy pomocy nośników zewnętrznych lub innych środków komunikacji, np. sieci bezprzewodowej) nowych danych i programów, (c) modyfikowanie zainstalowanego oprogramowania. Zatem - zgodnie z wymaganiami SWZ - na próbce miał być zaprezentowany system, który będzie wdrażany

i który nie może być modyfikowany od momentu złożenia oferty (gdyż byłoby to niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców).

Biorąc po uwagę przedstawione zapisy zarówno SWZ, OPZ, Załącznika nr 7 z opisem wymagań próbki, jak i Załącznik do Formularza ofertowego przedstawiony przez Sidly, gdzie jako wersja Aplikacji wskazany został tylko tekst prezentujący adres internetowy (link) do portalu, brak jest możliwości weryfikacji, co tak naprawdę zostało zaprezentowane w ramach próbki oraz co finalnie zostało zaoferowane zamawiającemu - jaka wersja systemu była badana i jaka wersja systemu jest objęta ofertą. Wersja Aplikacji nie została wskazana w sposób ewidentny przy pomocy cyfr czy innego systematycznego sposobu kodowania. Wobec tak przedłożonego dokumentu, tak naprawdę nie jest wiadomo, co przetestował zamawiający w toku prezentacji próbki i jakie oprogramowanie zostanie dostarczone. Wydaje się, że link stanowi odwołanie do dostępnej wersji systemu, ale nie wiadomo czy to jest ostatnia wersja, wcześniejsza wersja, ostateczna, czy też modyfikowana. Rodzi to pytania, czy to co zaprezentowało Sidly na próbce stanowiło faktycznie finalne rozwiązanie, za które zostaną wydatkowane środki publiczne przez zamawiającego, czy też nie było tylko tak zwaną „klikalną makietą rozwiązania”.

Zamawiający wymagał podania wersji celem bezdyskusyjnej identyfikacji danego oprogramowania. Wymaganie było tożsame dla wszystkich wykonawców. W przypadku gdy jeden z nich wskazuje wersję w postaci bliżej nieokreślonego przekierowania - w postaci linku do strony internetowej - oprogramowania, które może być modyfikowane - rodzi to nierówne warunki konkurencji, a ponadto uniemożliwia zweryfikowanie przedstawionej oferty - co czyni ofertę Sidly wadliwą i podlegającą odrzuceniu.

Odwolujący zauważył ponadto, że takie wskazanie rodzi problem na etapie wdrożenia, ale również na etapie rozliczenia projektu - czy też ewentualnych kontroli stron trzecich.

W takim przypadku zamawiający praktycznie nie ma możliwości potwierdzenia, co w ramach zamówienia publicznego zakupił. Po analizie dokumentacji Sidly, przedłożonej w ramach postępowania, w pliku architektury: Dokumentacja techniczna proponowanej architektury nt. projektu „Kujawsko-Pomorska Teleopieka” Sidly wskazuje inny link niż ten określony w ofercie, po czym opisuje szczegóły dostarczanego systemu. (1) Wstęp. Platforma internetowa dostępna pod adresem jest złożonym systemem informatycznym składającym się z zestawu niezbędnych usług i narzędzi udostępniających kluczowe funkcje wspierające proces realizacji usług teleopiekuńczych. Biorąc pod uwagę ten fakt, już zupełnie nie wiadomo, jaki system został zaprezentowany i w jakiej wersji - a finalnie - jaka wersja systemu będzie oferowana zamawiającemu. Brak wskazania wersji systemu to wada, która uniemożliwia zweryfikowanie przedstawionej oferty - a zatem oferta Sidly powinna podlegać odrzuceniu.

Odwolujący podnosił także zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b, c w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sidly, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty Sidly, który nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (referencji) w kontekście warunku, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, przy czym zamawiający naruszył także art. 108 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż zaniechał wykluczenia Sidly na w/w podstawie; w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty Sidly, przy czym zamawiający naruszył także art. 108 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż zaniechał wykluczenia Sidly na w/w podstawie, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, czym zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, oraz nie przedstawił środków dowodowych na potwierdzenie należytego wykonania dostaw/ usług, o których mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ, a z ostrożności art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień JEDZ oraz złożonych środków podmiotowych dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VII pkt 1 lit. c pkt 1 lit. b) SWZ.

W pierwszej kolejności odwołujący nadmienił, iż treść cytowanego warunku została ustalona przez zamawiającego w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2021 r. (KIO 749/21), w ramach którego Krajowa Izba Odwoławcza nakazała dokonanie zmiany SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku udziału

w postępowaniu poprzez wykreślenie sformułowania odnoszącego się do świadczenia usług teleopieki (tj. sformułowań „lub dostawie usługi teleopieki”, „lub świadczeniu usług teleopieki”).

Odwolujący przytaczał treść warunku udziału w postępowaniu stwierdzając, że jego literalne brzmienie nie pozostawia żadnych wątpliwości i miejsca na interpretację: wykonawca ma wykazać minimum dwie usługi, polegające

na wdrożeniu systemu teleopieki (jedna z nich ma też polegać na integracji oprogramowania z centralą telefoniczną IP), o łącznej wartości dwóch usług nie mniejszej niż 1 mln PLN brutto. Innymi słowy - wykonawca może wykazać więcej usług niż dwie - ale wartość dwóch dowolnie wybranych usług nie może być mniejsza niż 1 mln PLN brutto.

Załączony przez Sidly do JEDZ wykaz nie zawiera żadnej dostawy/ usługi, której wartość przekraczałaby kwotę 202 679,57 zł. (poz. 98 - Usługa polegająca na wdrożeniu systemu do teleopieki, Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A.). Żadne dwie usługi nie mają łącznej wartości, która byłaby równa lub większa od 1 mln PLN brutto. Tymczasem wykonawca Sidly oświadcza pod w/w wykazem (który liczy ponad 100 pozycji), iż „Suma pozycji 1 - 109” wynosi 1 010 662,08 zł. i odpowiada wymaganiu. Logicznym jest, że „pozycje” to nic innego jak usługi (definiowane zgodnie z Pzp) - a suma wartości 109 usług nie jest tym samym, co suma wartości dwóch usług, wymagana warunkiem (nota bene nie sposób ustalić na tym etapie, jakie konkretnie dwie usługi Sidly ma na myśli).

Tym samym, zdaniem odwołującego wykonawca Sidly już na etapie oświadczenia wstępnego z premedytacją wprowadza zamawiającego w błąd, iż posiada wymagane doświadczenie. Wyjątkowe dyletanctwo zamawiającego polega na tym, że nawet nie zwrócił się do Sidly o wyjaśnienie w zakresie tej pokrętnej arytmetyki, czym rażąco naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się z kolei do podstawy prawnej, powołanej w petitum odwołania, odwołujący zauważył, iż zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącą porównania przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17: przesłanka wykluczenia wymieniona w art. 24 ust. 1 pkt 17 jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowane w pkt 17. Punkt 16 dotyczy sytuacji związanych ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, a działania wykonawcy muszą przybrać kwalifikowaną formę, natomiast pkt 17 dotyczy różnych sytuacji, co z góry nie wyklucza, iż odnosić się on może do potwierdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tak w wyroku z 25 sierpnia 2017 r. w sprawie sygn. akt KIO 1657/17, powoływanym także w wyroku z 7 listopada 2018 r., w sprawie sygn. akt KIO 2184/18). Orzecznictwo pozostaje aktualne, pomimo dokonanej nowelizacji Pzp. Zdaniem odwołującego przesłanki obu przepisów są spełnione.

Bez wątpienia sposób postępowania Sidly, już na etapie składania oświadczenia wstępnego JEDZ doprowadził do tego, iż zamawiający błędnie uznał, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu i przedstawił na to stosowne dokumenty, a w konsekwencji błędnie uznał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania, czego skutkiem było wybranie oferty Sidly jako oferty najkorzystniejszej. Oczywistym jest, że informacje dotyczące zrealizowanych zamówień, które były elementem oceny spełniania warunków udziału, mają istotny wpływ na decyzje zamawiającego, który był zobowiązany do ich weryfikacji. Takimi informacjami są w szczególności daty wykonania zamówień i kwoty zamówień oraz informacje o tym, czy zamówienia były wykonane należycie. Nie sposób uznać, żeby wykonawca Sidly działał z należytą starannością i przedstawił rzetelne dane w tym zakresie - wręcz przeciwnie - można Sidly zarzucić co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo, a zdaniem odwołującego - mając na uwadze, że są to informacje do weryfikacji na poziomie nieskomplikowanego dodawania - jest to rażące niedbalstwo, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter podmiotu. Umyślność działania Sidly przejawia się także w oczywiście mylnym wniosku, iż jakieś dwie usługi z wykazu łącznie dają kwotę min. 1 mln PLN.

Odwołujący zauważył, że bezprawnie został pozbawiony dostępu do wykazu dostaw/usług i dokumentów podmiotowych złożonych przez Sidly 24 maja 2021 r., więc z ostrożności wskazuje, iż jeśli 24 maja 2021 r. złożono tożsamy wykaz z wykazem złożonym z JEDZ - Sidly „poszło w zaparte”, co tylko wzmacnia tezę i zarzut dotyczący wprowadzenia w błąd zamawiającego, co do tego, czy Sidly spełnia warunek udziału w postępowaniu, z kolei jeśli złożono inny wykaz niż wykaz złożony z JEDZ - w żaden sposób nie konwaliduje to nieprawdziwego arytmetycznie i wprowadzającego w błąd oświadczenia wstępnego złożonego razem z ofertą, które nie spotkało się z żadną reakcją zamawiającego, chociaż wprost z niego wynika, iż Sidly nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący z ostrożności (na podstawie dostępnego mu na dzień składania odwołania stanu faktycznego i wiedzy z rynku) wskazuje również, iż jego zdaniem Sidly nie spełnia w/w warunku udziału w postępowaniu i nie przedłożyło właściwych środków dowodowych, które wprost udowadniałyby, iż usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie. Takim środkiem dowodowym nie są bynajmniej faktury (które co najwyżej stanowią dokument księgowy - wystawiany przez podmiot wykonujący usługę), a nie oświadczenie odbiorcy usługi o jej należytym wykonaniu. Odwołujący wskazuje jednocześnie, iż szerszą argumentację w tym zakresie będzie mógł powołać w przypadku udostępnienia mu informacji w tym momencie bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucał także zamawiającemu, że ten naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, wskutek błędnego uznania, iż nie spełnia ona wymogu SWZ, a to pkt WT\_102 tj. nie posiada funkcjonalności Switch (EHS), która umożliwiałaby współpracę ze słuchawką, a z ostrożności art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Comarch do wyjaśnień oferty w sytuacji, w której wykonawca Sidly był wzywany do wyjaśniania swojej oferty w analogicznych okolicznościach.

Przypomniał, że zamawiający, pismem z 31 maja 2021 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako powód odrzucenia uznał rzekomy brak funkcjonalności EHS w oferowanym przez niego telefonie systemowym Yealink T54W, wraz z dedykowanym adapterem EHS40. Wymaganie to opisane jest w punkcie WT\_102 pkt 6.6. W tym miejscu wyjaśnił, iż rozwinięciem skrótu EHS jest Electronic Hook Switch, co tłumaczy się jako Elektroniczny Przełącznik - służący do połączenia telefonu IP z bezprzewodowym zestawem słuchawkowym. Połączenie takie umożliwia obsługę rozmów głosowych bezpośrednio ze słuchawki bezprzewodowej (np. odbieranie, zawieszanie, kończenie połączeń etc.) Przełącznik EHS jest więc kompleksowym urządzeniem w postaci adaptera wraz z odpowiednimi przewodami, bądź w postaci przewodu z wbudowanym adapterem, które zapewniają odpowiednią komunikację (współpracę) pomiędzy telefonem a bezprzewodowym zestawem słuchawkowym.

Odwołujący przedstawił schemat połączenia telefonu IP, wspierającego funkcjonalność EHS z bezprzewodowym zestawem słuchawkowym dla oferowanego przez niego modelu Yealink T54W i bezprzewodowego zestawu słuchawkowego firmy Plantronics, następnie dla porównania, zaprezentował również schemat połączenia z bezprzewodowym zestawem słuchawkowymi firmy Plantronics dla telefonu Grandstream GXP2160, oferowanego przez

Sidly. Podkreślał, że w obu przypadkach występuje ten sam zestaw urządzeń w kolejności: telefon IP z obsługą funkcjonalności EHS -> Adapter EHS służący do współpracy ze słuchawką - > bezprzewodowy zestaw słuchawkowy. Oferowany przez odwołującego telefon Yealink T54W wspiera natywnie (bezpośrednio) funkcjonalność EHS. Podłączenie bezprzewodowych zestawów słuchawkowych odbywa się poprzez port USB, który w tym telefonie obsługuje funkcjonalność EHS, a współpraca ze słuchawką zapewniona jest przez dedykowany adapter EHS40 wraz z okablowaniem, będący również elementem jego oferty. Adapter EHS40 pozwala na galwaniczne połączenie telefonu z bezprzewodowym zestawem słuchawkowym. Przedstawił także zrzut z karty katalogowej, potwierdzający, że telefon T54W wspiera funkcjonalność EHS przy pomocy portu USB. Kolejnym, jego zdaniem, dowodem na wspieranie funkcjonalności EHS przez telefon Yealink T54W jest zrzut pochodzący z oficjalnego dokumentu na stronie producenta, będący listą kompatybilności bezprzewodowych zestawów słuchawkowych z oferowanym telefonem.

Z kolei zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na twierdzenie, że oferowany telefon nie spełnia wymagania WT\_102, a z jego decyzji wynika, że nie ma wiedzy, na temat technicznych aspektów wymagania, które sam sformułował. Jak wyżej przedstawiono, treść wymagania powodowała konieczność dostarczenia nie tylko telefonu posiadającego funkcjonalność EHS, ale również komponentu w postaci adaptera, który zapewniał spełnienie drugiej części wymagania, a więc bliżej nieokreślonej „współpracy ze słuchawką”. Nie jest bowiem możliwe zapewnienie jakiegokolwiek współpracy ze słuchawką zestawu bezprzewodowego, bez fizycznego, galwanicznego połączenia jego głównego elementu, jakim jest tzw. baza, z telefonem. Zatem tylko konfiguracja, jaką zaoferował odwołujący, spełnia wymagania zawarte w punkcie WT\_102.

Następnie, podnosząc zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, jego zdaniem zamawiający dokonał wyboru oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ to oferowany przez Sidly telefon nie spełnia wymogu SWZ, a to pkt WT 102 - nie zapewnia współpracy ze słuchawką. Argumentował, że Sidly, oferująca telefon Grandstream GXP2160, nie spełnia wymagania WT\_102 albowiem, jak wynika z dokumentacji ww. telefonu, zamieszczonej na stronie internetowej producenta telefonu, do współpracy ze słuchawką wymagany jest adapter.

Odwołujący zamieścił zrzut ekranu z dokumentu przedstawiającego listę kompatybilności telefonu z bezprzewodowymi zestawami słuchawkowymi (str. 4), w którym to, z informacji zamieszczonych w tabeli producenta jednoznacznie wynika, że do współpracy ze słuchawką konieczne jest dostarczenie adaptera EHS, gdyż bez fizycznego połączenia nie jest możliwa żadna współpraca z bezprzewodowym zestawem słuchawkowym.

Sidly zaoferowało jedynie telefon który, podobnie, jak w przypadku oferty firmy odwołującego, posiada funkcjonalność EHS jednakże, wobec braku stosownego adaptera, nie jest w stanie zapewnić współpracy ze słuchawką, a więc spełnić drugiej części wymagania WT\_102. Oferta Sidly jest zatem niezgodna z wymaganiami OPZ i podlegać powinna odrzuceniu.

Przystępujący złożył do akt sprawy pisma procesowe z dnia 18 czerwca 2021 r. oraz z dnia 14 lipca 2021 r., prezentujące jego stanowisko w sprawie.

Ponadto odwołujący odniósł się do twierdzeń zamawiającego oraz przystępującego, prezentowanych na rozprawie, w piśmie z dnia 29 lipca 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożoną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, treścią pism procesowych składanych przez Sidly i odwołującego prezentujących ich stanowiska, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określonej w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający odrzucił złożoną przez niego ofertę i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sidly, która w ocenie odwołującego podlega odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu z postępowania. Zamawiający naruszył także przepisy ustawy Pzp, gdyż w sposób nieuprawniony utajnił i w konsekwencji odmówił odwołującemu udostępnienia informacji bezskutecznie zastrzeżonych przez Sidly.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, zamawiający byłby zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odwołujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ oferta Sidly zostałaby odrzucona, a złożona przez odwołującego - uznana za najkorzystniejszą.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego, załączone do pism procesowych oraz składane na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o powołanie biegłego - specjalisty w zakresie jakości (spełniania Polskiej Normy PN-EN 60529) w celu ustalenia stanu faktycznego, który wymaga wiadomości specjalnych w zakresie czy bransoletka Sidly, stanowiąca element próbki, posiada stopień ochrony IP65. Izba zwraca uwagę, że powoływanie biegłego, wyspecjalizowanego w konkretnej dziedzinie ma na celu rozstrzygnięcie wątpliwości, które pojawiły się w toku postępowania, celem prawidłowego ustalenia stanu faktycznego sprawy. Za jego powołaniem powinny zatem przemawiać racjonalne argumenty, a nie wyłącznie chęć zweryfikowania przez podmiot zewnętrzny wymagań

stawianych przez zamawiającego w toku postępowania. Nie ma także podstawy do powołania biegłego w sytuacji, kiedy dowód z opinii może być z powodzeniem zastąpiony innym dowodem np. dowodem z dokumentu, jak to miało miejsce w tym przypadku. Dodatkowo też za niedopuszczalne należy uznać powoływanie biegłego w celu sanowania braku dowodu, który strona winna była przedstawić na rozprawie przed Izbą celem udowodnienia zasadności stawianego zarzutu. W niniejszej sprawie odwołujący, podnosząc niezgodność treści oferty Sidly z treścią SWZ w zakresie spornego wymagania, zaniechał niemal całkowicie inicjatywy dowodowej w tym zakresie, składając wyłącznie dokument z badań wewnętrznych, przeprowadzonych przez odwołującego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu zamawiający, uzyskując uprzednio zgodę Krajowej Izby Odwoławczej na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze (postanowienie z dnia 21 czerwca 2021 r.; sygn. akt KIO/W 61/21) - zawarł umowę z wykonawcą Sidly, wybranym w tym postępowaniu.

Tym samym, stosownie do treści przepisu art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, Izba rozpoznając odwołanie i uznając zasadność podnoszonych przez odwołującego zarzutów, wobec tego, że umowa w niniejszym postępowaniu została zawarta - może jedynie stwierdzić naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W niniejszej sprawie Izba doszła do przekonania, że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, w zakresie wskazanym w pkt 1 sentencji wyroku.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK - uznając je za zasadne w części.

Na wstępie należy przypomnieć, iż zasada jawności postępowania jest jedną z najważniejszych zasad w zamówieniach publicznych i może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp).

Od zasady powyższej istnieją jednak wyjątki, z których podstawowym jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdarza się, że opatrywanie oferty klauzulą tajemnicy bywa elementem taktyki określonego wykonawcy, którego jedynym celem jest uniemożliwienie innym podmiotom, ubiegającym się o zamówienie, zapoznanie się i weryfikację tych elementów oferty, które podlegają ocenie zamawiającego. Na skutek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zasada jawności doznaje znacznego ograniczenia, uniemożliwiając często innym uczestnikom postępowania skuteczne dochodzenie praw np. poprzez wniesienie odwołania. Dlatego też zarówno w doktrynie prawa, jak i orzecznictwie, spełnienie przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oceniane jest bardzo rygorystycznie, a działania takie spotkać się muszą z krytyką, której wyraz dawała Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach. Tak np. w wyroku KIO z dnia 18 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1418/20, wciąż aktualnym na gruncie przepisów nowej ustawy Pzp, Izba zwróciła uwagę, że jakkolwiek słuszny w swym założeniu przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Izba podkreśliła, że realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy.

Aby zatem doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, niezbędne jest spełnienie warunków opisanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem: wykonawca musi to wykazać; zastrzeżenie musi być dokonane nie później niż wraz z przekazaniem określonej informacji; zastrzeżone informacje muszą spełniać wszystkie warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pierwszy z elementów, który warunkuje skuteczne zastrzeżenie informacji, jest okoliczność, że wykonawcy dokonując zastrzeżenia części (albo nawet wszystkich) informacji złożonych wraz z ofertą, powinni pamiętać, że każde takie zastrzeżenie musi być precyzyjne i wyczerpująco uzasadnione. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp z 2004 r. (przepis art. 18 ust. 3 nowej ustawy Pzp) sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3040/20 Izba zauważyła, że ustawodawca posługując się w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp sformułowaniem „wykazał” jednocześnie przesądził, że nie wystarcza samo „oświadczenie”, czy „deklarowanie”, ale wprowadzono w tym przypadku znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. 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 kodeksu cywilnego). Ze wskazanej przyczyny wykazania nie można sprowadzać li tylko do przeglądu stanowisk doktryny, czy poglądów judykatury.

Co istotne, w przypadku gdy wykonawca w toku postępowania nie wywiąże się z obowiązku wykazania niejawnego charakteru zastrzeganych przez siebie danych, to po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający bada jedynie skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia, nie oceniając jakie dane i informacje zostały przez wykonawcę podane i jaki mają charakter. Jeśli stwierdzi bezskuteczność zastrzeżenia - zobowiązany jest do odtajnienia danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Jako kluczowy element, który ocenia zamawiający, analizując składane przez wykonawcę zastrzeżenie jest jednak okoliczność, że zastrzeżone informacje muszą spełniać wszystkie warunki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje spełniające trzy przesłanki: (1) mają określony charakter, czyli są informacjami technicznymi, technologicznymi czy organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi

informacjami posiadającymi wartość gospodarczą; (2) informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; (3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, przy czym co ważne - powyższe przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie.

Powyższe ma istotne znaczenie w niniejszej sprawie, albowiem Izba stwierdziła, że Sidly składając wyjaśnienia w przedmiocie zastrzeżenia informacji jako tajemnica jego przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu dotyczącego dostaw i usług zarówno publicznych, jak i prywatnych (przedmiot dostawy/ usługi, kwoty, daty, odbiorców etc.), składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych, jak też w zakresie informacji wskazanych przez Sidly w dokumentach potwierdzających, iż wskazane w wykazie dostawy i usługi są wykonane należycie, oraz informacji wskazanych przez Sidly w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (część tajna), nie wykazało, że wypełnione zostały wszystkie wymienione powyżej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w wyżej cytowanym przepisie, tj. nie udowodniło, że przekazywane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub są innymi informacjami, przedstawiającymi dla przystępującego wartość gospodarczą.

Jak ustalono, na podstawie akt sprawy, Sidly zastrzegając jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny (pismo z 17 maja 2021 r.) oświadczyło, że zaprezentowane informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż ich rozpowszechnianie może zagrażać pozycji wykonawcy na rynku usług emisji sygnału. Wywodziło, że przekazywane informacje dotyczą aspektów technicznych, technologicznych oraz przyjętych rozwiązań organizacyjnych przedsiębiorstwa w trakcie wykonywania zamówienia, a tym samym posiadają istotną wartość gospodarczą: odnoszą się do sposobu wykonania konkretnego zamówienia i jego podejścia do realizacji zamówień, w tym zamówień publicznych podobnego rodzaju. Dodatkowo z uwagi na funkcjonowanie firmy na konkurencyjnym rynku - ujawnienie informacji zastrzeżonych mogłoby wpłynąć niekorzystnie na jego sytuację w ubieganiu się o kolejne zamówienia o analogicznym lub zbliżonym przedmiotowo zakresie. Sidly wskazało również, że dane kontrahentów, jak i warunki, na których wykonywane jest świadczenie (podwykonawstwo, dostawy, usługi) posiadają niewątpliwie wartość gospodarczą, jako odnoszące się wprost do informacji o charakterze finansowym i handlowym i z tego względu winny być traktowane jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z kolei jak ustaliła Izba w piśmie z 24 maja 2021 r. Sidly uzasadniło z jakich powodów zastrzega, jako tajemnicę, wykaz dostaw/ usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Przystępujący, analogicznie jak w treści pisma z 17 maja 2021 r. powołał się na okoliczność, że z uwagi na funkcjonowanie na konkurencyjnym rynku, ujawnienie informacji zastrzeżonych mogłoby wpłynąć niekorzystnie na jego sytuację w ubieganiu się o kolejne zamówienia o analogicznym lub zbliżonym przedmiotowo zakresie, ale także istotnie naruszyć przepisy RODO. Ujawnienie zastrzeżonych informacji skutkowałoby bezpośrednim dostępem do nich ścisłych konkurentów wykonawcy, a uzyskane informacje mogłyby oni wykorzystać przeciwko Sidly, czemu właśnie ma przeciwdziałać sama ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał również, że znaczenie gospodarcze posiadają nie tylko pojedynczo przedstawione dane, ale także informacje łączne, charakteryzujące prowadzoną przez niego działalność. Ponadto uzasadnił, że dostęp do przedstawianych informacji po stronie wykonawcy Sidly został ograniczony do wąskiej grupy osób, które zobowiązane są do zachowania w tym zakresie poufności. Mają zatem dla niego walor informacji organizacyjnych oraz technicznych przedsiębiorstwa, posiadających wartość gospodarczą, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie są dostępne dla takich osób.

Analiza treści obydwu pism prowadzi do wniosku, że Sidly nie podołało obowiązkowi wykazania, że spełniona została przesłanka wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca podaje wyłącznie gołostowne argumenty, nie przedstawiając ani szczegółowego uzasadnienia, ani też żadnych dowodów na potwierdzenie podnoszonych przez siebie okoliczności.

W szczególności przystępujący nie wykazał z jakich powodów ujawnienie jego kalkulacji, dotyczących wdrożenia konkretnego systemu, mogłoby pogorszyć jego pozycję na rynku. Nie udowadnia jaki negatywny wpływ mogłoby spowodować ujawnienie sposobu wyliczenia ceny w tym konkretnym postępowaniu. Dostrzec należy, że nawet w przypadku zamówień zbliżonych do tego, na sposób kalkulacji w konkretnym przetargu mają wpływ szczegółowe wymagania stawiane przez zamawiającego.

Dodatkowo, argumentacja przedstawiona przez Sidly jest niezwykle lakoniczna, nie sposób z niej wywieść jakie informacje i dane są dla wykonawcy tak istotne, że ich ujawnienie mogłoby niekorzystnie wpłynąć na jego działalność. Nie jest okolicznością nadzwyczajną, że Sidly działa na rynku konkurencyjnym, nie wykazał jednak w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji miałyby negatywnie wpłynąć na możliwość skutecznego konkurowania z innymi wykonawcami. Nie ulega wątpliwości, że inne podmioty, realizujące podobne usługi, pozyskują i gromadzą wiedzę o konkurencji i to w odniesieniu do różnych aspektów jego działalności (także na temat jego kontrahentów, cen przez niego oferowanych i zawieranych kontraktów).

Niezależnie od tego, że treść uzasadnienia objęcia informacji w tym zakresie tajemnicą przedsiębiorstwa jest niewystraszająca, gdyż nie została wykazana przesłanka w postaci wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, Izba zgadza się również z argumentacją odwołującego, że wykaz dostaw/ usług został już wcześniej odwołującemu udostępniony, stąd informacje w nim zawarte, w części już udostępnionej - stają się jawne. Jeśli zatem nawet zamawiający uznał skuteczność dokonanego zastrzeżenia, to powinien co najmniej zweryfikować treść złożonego wykazu pod kątem ujawnienia tych informacji (odnośnie tych zamówień), w zakresie których już wcześniej odwołujący takie informacje uzyskał.

Nie zmienia to oceny Izby w zakresie tego, że argumentacja przedstawiona w dokumencie uzasadniającym zastrzeżenie tych danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest niewystarczająca, aby uznać skuteczność zastrzeżenia. Przypomnieć należy ponownie, że dokonując oceny skuteczności zastrzeganych informacji zamawiający bierze pod uwagę wyłącznie treść zastrzeżenia, a nie charakter danych zawartych w wykazie. Skutkiem niewystarczającego zastrzeżenia jest z kolei obowiązek odtajnienia zastrzeganych danych.

Nie sposób też podzielić argumentacji zamawiającego, że zasada równego traktowania wykonawców wymagała, aby zachować w tajemnicy zarówno informacje przekazane przez odwołującego, jak też Sidly. Zamawiający nie może kierować się taką zasadą, gdyż to wyłącznie ocena dokonanej przez niego oceny wpływa na decyzję zamawiającego co do

uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwolujący podnosił także, że zamawiający, wbrew ciążącemu na nim obowiązкови, odmówił udostępnienia informacji przekazywanych podczas prezentacji próbki oprogramowania Sidly. Wskazywał, że w dniu 6 maja 2021 r. zamawiający sporządził nagranie, dokumentujące przebieg prezentacji próbki oprogramowania Sidly, stanowiące załącznik do protokołu. Podnosił, że po wyborze oferty najkorzystniejszej złożył wniosek do zamawiającego o udostępnienie nagrania, a zamawiający bezzasadnie mu odmówił. Twierdził jednocześnie, że próbka (a na nią składało się także oprogramowanie, które co prawda nie było składane fizycznie na dysku u zamawiającego, ale nie mogło być modyfikowane po terminie składania ofert) była składana wraz z ofertą, a tym samym zastrzeżenie informacji przekazywanych przez wykonawcę podczas prezentacji winno być dokonane wraz ze złożeniem próbki.

W tym zakresie Izba w pierwszej kolejności dokonała analizy treści załącznika nr 7 do SWZ, opisującego „Warunki dotyczące formy próbki oferowanego oprogramowania” stwierdzając, że opisywana przez odwołującego demonstracja miała na celu zweryfikowanie czy przedstawione przez wykonawcę w formularzu ofertowym funkcjonalności oferowanego rozwiązania, są zgodne ze stanem faktycznym (pkt 1 ppkt 1). Z kolei zgodnie z pkt 1 ppkt 7 zamawiający zastrzegł, że nie przewiduje udziału osób trzecich w demonstracji, w szczególności innych wykonawców. Z kolei pkt 1 ppkt 10 stanowi, że przeprowadzenie demonstracji będzie udokumentowane pisemnym protokołem, sporządzonym przez zamawiającego, celem włączenia go do akt postępowania, do którego wykonawcy będą mogli zgłaszać zastrzeżenia. W pkt 1 ppkt 11 dopuszczono jednocześnie nagrywanie przebiegu demonstracji. Dalej wskazano, że kopię nagrania zamawiający udostępni wykonawcy uczestniczącemu w jej prezentacji.

Mając na uwadze powyższe zapisy Izba uznała, że wbrew twierdzeniom odwołującego załącznikiem do protokołu postępowania było nie nagranie z przebiegu demonstracji, ale protokół z niej sporządzony i wyłącznie ten podlegał udostępnieniu. Zapisy SWZ z kolei wyraźnie przewidywały, że sam przebieg demonstracji odbywał się będzie wyłącznie z udziałem przedstawicieli zainteresowanego wykonawcy i członków komisji, bez udziału osób trzecich. Co istotne zamawiający jedynie dopuścił możliwość rejestracji przebiegu prezentacji, ale na etapie SWZ nie przesądził jednoznacznie, że rejestrowanie jej przebiegu będzie miało miejsce.

W konsekwencji uznać należy, że to z zapisów SWZ wynikało, iż samo nagranie nie będzie udostępniane, a załącznikiem do protokołu postępowania będzie protokół z przebiegu prezentacji. Nietrafne są w konsekwencji zarzuty, że zamawiający nie dopełnił obowiązku udostępnienia informacji, do ujawnienia których nie był zobligowany.

Jeśli wykonawca miał zastrzeżenia co do sposobu, w jaki zamawiający opisał warunki dotyczące formy próbki oferowanego oprogramowania - mógł na etapie poprzedzającym złożenie oferty zwrócić się z wnioskiem o wyjaśnienie tych zapisów, lub też złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Jeśli tego nie uczynił, zapisy stały się wiążące dla wszystkich ubiegających się o zamówienie wykonawców, a dostęp do nagrania z przebiegu prezentacji został ograniczony dla innych ubiegających się o to zamówienie podmiotów, dla wszystkich na równych zasadach. Jak zauważył trafnie przystępujący działając w zaufaniu do wiążących zapisów SWZ podczas prezentacji ujawniał informacje będące know-how jego firmy, których udostępnienie pozwoliłoby Comarch poznać szczegóły oferowanego przez niego rozwiązania, nie znane powszechnie.

Nie podlegały uwzględnieniu zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 i 3, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę i zaniechanie odrzucenia oferty Sidly, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący powyższy zarzut sformułował jako ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odtajnienia i przekazania odwołującemu informacji wskazanych przez Sidly w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (część tajna). Izba mając jednak na uwadze, że w związku z zawarciem przez zamawiającego umowy, uwzględniając odwołanie w zakresie dotyczącym zaniechania odtajnienia i przekazania odwołującemu informacji wskazanych przez Sidly w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - nie nakazuje jednocześnie unieważnienia czynności w postępowaniu, w tym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odniesie się do zarzutu w tym zakresie, w jakim sformułowany został przez odwołującego w treści złożonego odwołania.

Zauważyć należy, co potwierdził sam odwołujący, że nie będąc w posiadaniu wszystkich dokumentów przedłożonych w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Sidly, wskazywał w sposób wybiórczy wyłącznie na te elementy, które w jego ocenie kluczowe, świadczyły o tym, że cena oferty Sidly nosi znamiona rażąco niskiej. Tym samym argumentacja wskazywała jedynie pewne elementy, które oceniane jednostkowo, bez odniesienia się do całości wyjaśnień - mogły być przez odwołującego w taki sposób oceniane.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do twierdzeń odwołującego, że w piśmie z 17 maja 2021 r. Sidly wskazało szereg okoliczności, które są irrelewantne dla oferowanej ceny, albowiem są właściwe dla wielu podmiotów konkurujących na tym rynku. Należy zauważyć, że wybiórcza ocena w tym zakresie i kwestionowanie twierdzeń przystępującego, który wskazuje na poszczególne okoliczności, istotne dla niego z punktu widzenia sposobu kalkulacji ceny jego oferty - nie może przesądzać o uznaniu, że wyjaśnienia składane w toku postępowania są niewiarygodne. Wskazywanie pewnej przewagi, nawet jeśli jest właściwa dla kilku podmiotów oferujących ten sam lub podobny produkt, może różnić się co do konkretów, które następnie przekładają się na określoną kalkulację, w tym możliwość obniżenia ceny oferty. Tym bardziej, że odwołujący oprócz polemiki z tymi argumentami, nie wykazał, że te nie mają wpływu na możliwość obniżenia ceny i, że nie są właściwe dla Sidly.

Kwestionując kalkulację sporządzoną przez Sidly odwołujący podnosił, że cena podana w pkt 6 jest nierealna i nie obejmuje wszystkich elementów opisu przedmiotu zamówienia. Wskazywał między innymi, że minimalny koszt dostępu do Aplikacji plus udzielone licencje dla jednego konta (użytkownika) w Aplikacji to 2 PLN miesięcznie. Wyliczał, że biorąc pod uwagę liczbę użytkowników oraz czas trwania projektu, jak wyliczył: koszt aplikacji to minimum 109.876,00 PLN. Kwotę tę przedstawił, nie opierając swoich twierdzeń ani na żadnych konkretnych danych, nie mówiąc o dowodach. Podobnie, odwołujący ograniczał się wyłącznie do głołosłownych twierdzeń, powołując się na konieczność uwzględnienia kosztów: zewnętrznych w kwocie 200 PLN, licencji/subskrypcji w wysokości 300 PLN, jak też zarządzania plus backup dla dwóch serwerów (3 333,33 PLN/msc). Zgodzić się należy z argumentacją Sidly, że odwołujący koszty te podaje nie mając wiedzy na temat jego środowiska programistycznego, ani też oferowanego systemu. W konsekwencji wyliczenia te oparte są wyłącznie na przypuszczeniach, a być może także sposobie w jakim on sam wycenił swoją ofertę, nie zaś

na konkretnych przesłankach.

Izba przyjęła wyjaśnienia Sidly, który wskazywał na różnice pomiędzy realizowaniem rozwiązania np.: na Windowsie czy na Linux Ubuntu czy na Linux Red Hat, i koszt realizacji usługi chmurowej na powyższych środowiskach będzie zasadniczo różny. Jego środowiska działają z kolei w ramach bezpłatnych licencji, stąd jakakolwiek wycena w tym zakresie nie ma oparcia w okolicznościach analizowanej sprawy.

Nie sposób też ocenić jako niewiarygodną argumentację, że systemy Sidly mają automatycznie realizowane backupy, które również automatycznie się testują. Poprzez wykorzystanie automatyzmów i najnowocześniejszych rozwiązań, wraz z wykorzystaniem wiedzy specjalistów przez niego zatrudnianych, jest w konsekwencji w stanie zredukować znacząco koszt w dłuższej perspektywie czasu. Tu również sam odwołujący przyznał, że nie posiada wiedzy na temat przyjętych przez Sidly rozwiązań, a jednak przedstawia wyliczenia dotyczące kosztów, które nie odnoszą się do kalkulacji ceny oferty Sidly, ale przedstawiają jego pogląd na to, jak oferta winna być kalkulowana i jakie elementy brane pod uwagę.

Sidly, polemizując z twierdzeniami odwołującego wskazywało też na okoliczność, iż środowisko testowe nie musi mieć takich samych parametrów jak środowisko produkcyjne. Stosowanie rozwiązań, w których środowisko testowe ma niższe parametry pozwala na obniżenie kosztów, jak też maksymalną optymalizację. Sidly wskazało również, że już wcześniej posiadało serwery u podanego dostawcy hostingowego i z tych serwerów mogło skorzystać do środowiska testowego. Wprawdzie odwołujący negował możliwość takiego rozwiązania, powyższe opierało się jednak wyłącznie na jego twierdzeniach.

Z kolei argumentacja odwołującego, który wyliczał koszty pracy wskazując na stawki informatyków na rynku warszawskim jest nietrafiona, gdyż jak wyjaśnił Sidly nie stanowią one właściwego punktu odniesienia dla prowadzonej przez niego działalności. Sidly korzystało bowiem i korzysta z pracy zdalnej, w tym także szeroko z możliwości zatrudniania specjalistów poza aglomeracją warszawską, co pozwala mu na ograniczanie kosztów zatrudnienia.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut opierał się na przyjętym przez niego sposobie wyliczenia ceny, który nie jest spójny z wyliczeniami Sidly, zawartymi w części jawnej, jak też zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wszystkie wymienione wyżej, błędne założenia powodują, że argumentacja jest ogólna i nieprzekonująca, a z pewnością nie może być podstawą do twierdzenia, że oferta wykonawcy winna być odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę.

Izba nie uwzględniła także zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sidly, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (nie spełnia wymogu IP 65, a ponadto Sidly nie wskazało w ofercie, jaką wersję oprogramowania konkretnie oferuje).

W powyższym zakresie Izba ustaliła, że zamawiający w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (pkt 6.7.Opaski - 2 113 szt.) ustalił, jako minimalny parametr WT\_117 Stopień ochrony zapewnianej przez obudowę urządzenia: nie mniej niż IP65. Z kolei w opisie: Specyfikacja (dodatkowa), parametr WT\_138\_D wskazał, że przyzna za wyższą ochronę IP66 + 4 pkt., z kolei WT\_139\_D, za wyższą ochronę IP67 + 6 pkt.

Ponadto w Rozdziale XVII SWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Dla części drugiej przewidział, że w kryteriach dodatkowych wykonawca może uzyskać łącznie - max. 40 pkt, a wśród tych kryteriów w pkt 3 - Opaski zamierzał przyznać za wymaganie opisane w WT\_138\_D za wyższą ochronę IP66 - 4 pkt., z kolei WT\_139\_D za wyższą ochronę IP67 - 6 pkt. Opisując sposób przyznawania punktów w ramach oceny kryterium „Opaski” wskazał, że zostaną one przyznane w skali punktowej wg poniższej zasady: (a) wyższą ochronę IP66 - 4 pkt, (b) wyższą ochronę IP67 - 6 pkt, (c) brak wyższej ochrony niż podstawowa - 0 pkt.

Izba ustaliła ponadto, że ocena spełnienia powyższych wymagań, jak też przyznanie punktów w ramach opisanego wyżej kryterium, nastąpić miało na podstawie oświadczenia wykonawcy. Sidly, w Formularzu ofertowym dla części nr 2 złożył w pkt 3 - Opaski następujące oświadczenia: wyższa ochrona IP66 - nie, wyższa ochrona IP67 - tak. Z kolei w załączniku nr 7 do SWZ (dotyczącym parametrów oferowanego urządzenia) potwierdził w tabeli, że próbka spełnia wymagania zarówno w zakresie IP66, jak też IP67. Z kolei z załączonej do oferty karty katalogowej dla tego urządzenia wynika, że oferowane urządzenia spełniają stopień ochrony IP67.

Jednocześnie jak ustalił skład orzekający, w aktach postępowania znajduje się pismo zamawiającego z 11 maja 2021 r., w którym zwraca się do Sidly o wyjaśnienie, czy w związku z tym, iż oferowane urządzenie posiada stopień ochrony IP 67 oznacza, że spełniony jest jednocześnie wymóg posiadania ochrony IP 65. W odpowiedzi na powyższe Sidly, w piśmie z 17 maja 2021 r. wyjaśnił, że zgodnie z Polską Normą PN-EN 60529 obudowa oznaczona drugą cyfrą charakterystyczną 7 lub 8 (IPX7 lub IPX8) może nie zapewnić odpowiedniej ochrony przy oblewaniu strugą wody (oznaczenie drugą cyfrą charakterystyczną 5 lub 6) i nie musi spełniać wymagań cyfry 5 lub 6, jeżeli nie jest oznaczona podwójnym kodem w następujący sposób IPX5/IPX7. Tym samym przywołana powyżej norma (w punkcie 6) wprost dopuszcza - tak jak w przypadku oferowanego przez Sidly urządzenia, zgodnie z treścią złożonej oferty - możliwość równoczesnego przypisania obu stopni ochrony. Tym samym oferowane urządzenia posiadają stopień ochrony na poziomie IP 65 i są zgodne z wymaganiami zamawiającego.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, co podkreślano było niejednokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać

dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

W tym przypadku oznacza to, że to na odwołującym się wykonawcy, który kwestionuje wybór oferty konkurenta, która jego zdaniem jest niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia - spoczywa ciężar wykazania z którymi konkretnymi wymaganiami oferowane rozwiązanie jest niezgodne i przedłożenie dowodów na poparcie tych twierdzeń.

Wykonawca Sidly zadeklarował, że urządzenie spełnia minimalną wymaganą przez zamawiającego klasę odporności w stopniu ochrony IP65, tj. wymaganie na poziomie minimalnym (obligatoryjnym). Z kolei co do wymagań, które były przez zamawiającego punktowane – złożył oświadczenia w Formularzu ofertowym i w załączniku nr 7 do SWZ.

Z kolei odwołujący swój zarzut opierał na tym, że skoro zgodnie z informacją znajdującą się w karcie katalogowej, stanowiącej załącznik do oferty, urządzenie spełnia stopień ochrony IP 67, to nie spełnia już wymagania IP 65 z tego powodu, gdyż taka deklaracja tam się nie znajduje.

Izba nie podzieliła tych zastrzeżeń uznając, że kwestia braku informacji o spełnieniu danego wymagania w karcie katalogowej nie może przesądzać o tym, że to nie zostało spełnione.

Oceniając ten zarzut Izba wzięła przede wszystkim pod uwagę dowód złożony przez przystępującego w postaci wyciągu ze sprawozdania z badań oferowanego przez niego urządzenia, sporządzonego przez Ośrodek Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o.

z siedzibą w Gliwicach. Potwierdza on, że oferowana przez tego wykonawcę opaska SiDLY Care 2 spełnia wymaganie stopnia ochrony zapewnianej przez obudowę urządzenia nie mniej niż IP65. Wątpliwości odwołującego, sformułowane w odniesieniu do tego dokumentu, wywodzone na podstawie roku produkcji czy też dat, kiedy badanie zostało przeprowadzone, tj. że nie jest to ta sama próbka, która była przedmiotem postępowania i, że badano próbkę wyprodukowaną w terminie późniejszym - nie są wystarczającą podstawą, aby odmówić wiarygodności temu opracowaniu. Tym bardziej, że odwołujący formułując powyższe zastrzeżenia nie załączył do odwołania żadnego dowodu, który potwierdzałby wiarygodność jego twierdzeń.

Na rozprawie odwołujący złożył opracowanie zatytułowane: „Raport z badań wewnętrznych IPX5 - Sidly”, sporządzone przez p. K. P., a przeprowadzone dnia 14 lipca 2021 r., które to miało potwierdzać brak spełnienia przedmiotowego wymogu. Izba oceniając ten dokument wzięła pod uwagę, że jest to raport z badania przeprowadzony przez odwołującego, stąd należy go traktować wyłącznie jako stanowisko własne wykonawcy. Dodatkowo, analiza tego raportu dokonana przez dr inż. W. L. (opracowanie złożone na rozprawie przez Sidly jako dowód) wskazuje na szeregu uchybień natury formalnej (nie zawiera szeregu informacji niezbędnych, aby można było je uznać za raport) i merytorycznych (związanych z wymaganiami koniecznymi, aby można było uznać jego wyniki za wiarygodne). Odwołujący pomimo, że mógł przedstawić raport dotyczący spełnienia tego wymagania, sporządzony przez podmiot zewnętrzny - ograniczył się do wykonania wewnętrznych testów, które bez szczegółowego udokumentowania ich przebiegu - nawet prowadząc do odmiennych wniosków, nie mogą być uznane za miarodajne.

Odnosząc się z kolei do zarzutów dotyczących dostrzeżonej przez odwołującego sprzeczności pomiędzy oświadczeniem złożonym w Formularzu ofertowym, a treścią Załącznika nr 7 w zakresie spełnienia przez produkt normy IP 66 oraz żądania odrzucenia oferty Sidly - Izba uznała ten zarzut za niezasadny z tej przyczyny, że wymóg spełnienia norm IP66 i IP67 był przedmiotem dodatkowej oceny w ramach kryteriów oceny ofert, nie decydował natomiast o zgodności oferowanego rozwiązania z treścią SWZ. Tym samym ewentualna rozbieżność w tym zakresie mogłaby być ewentualnie podstawą do nieprzyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert, a nie do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty przystępującego.

Natomiast podnoszone przez odwołującego zastrzeżenia w zakresie braku odpowiedniego oznaczenia na opasce należało uznać za niezasadne z tej przyczyny, że zamawiający w żadnym miejscu w SWZ, w szczególności opisując przedmiot zamówienia nie referował do określonych norm, nie przewidywał też badania próbki pod kątem spełnienia wymagań w nich opisanych. W szczególności zamawiający nie uzależniał spełnienia przedmiotowego wymagania od kwestii uwidocznienia na obudowie informacji o spełnieniu wymogu, stąd weryfikacja w tym zakresie, która miała być przez Izbę dokonana - pozostawałaby bez znaczenia dla oceny tego zarzutu.

W konsekwencji Izba uznała zarzuty w zakresie braku posiadania ochrony w stopniu co najmniej IP 65 za niepotwierdzone. Jeśli bowiem odwołujący miał zamiar wykazać, że oferowany przez Sidly produkt nie spełnia określonych wymagań minimalnych winien przedłożyć stosowne dowody na poparcie swoich twierdzeń. Tymczasem nie przedłożył w tym przedmiocie żadnego opracowania, wykonanego przez zewnętrzny, niezależny podmiot, który potwierdzałby sformułowane przez niego tezy. Co warto nadmienić miał możliwość zlecenia wykonania takiego raportu, gdyż jak sam twierdził na rozprawie „urządzenie oferowane przez Sidly jest dostępne na rynku” i oferowane jest w sprzedaży detalicznej. Stąd z łatwością można je pozyskać i poddać stosownym testom, czego odwołujący zaniechał.

Odwołujący zarzucał ponadto, że Sidly nie wskazało w ofercie, jaką wersję oprogramowania konkretnie oferuje, a w konsekwencji zamawiający nie ma możliwości weryfikacji, czy wersja będąca przedmiotem prezentacji jest zgodna z wersją oferowaną, oraz jaka wersja jest de facto wersją oferowaną. W tym zakresie podnosił, że wersja produktu dla Aplikacji - oprogramowanie Kujawsko-Pomorskiego Telecentrum (system Teleopieki) to: .com i jest to link do strony internetowej.

Izba przyjęła wyjaśnienia przystępującego, który zwracał uwagę, że nie ma jednego, określonego sposobu w jaki podmioty oferujące na rynku oprogramowanie, oznaczają poszczególne jego wersje. Tym samym oczekiwanie, że dana wersja oznaczona zostanie przy pomocy cyfr, czy też innego systematycznego sposobu kodowania, jest nieuprawnione. Nie ulega wątpliwości, że także Sidly może przyjmować dowolne nazwy, w tym oznaczać poszczególne wersje w sposób, który wybierze.

Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut ogranicza się do twierdzenia, że pod wskazaną nazwą nie kryje się wersja systemu, ale link do strony internetowej, przy czym wnioski te opiera wyłącznie na twierdzeniach, nie popartych żadnymi dowodami.

Zauważyć należy także, że zamawiający w ramach testów, za pomocą wskazanej nazwy, weryfikował zgodność

rozwiązania z warunkami opisanymi przez zamawiającego w SWZ.

Z uwagi na powyższe, rozpoznając przedmiotowe zastrzeżenia, Izba ponownie wzięła pod uwagę treść art. 6 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a odwołujący, w ocenie Izby, nie przedstawił dowodów potwierdzających, że wskazana nazwa nie referuje do określonej wersji systemu, który jest zamawiającemu oferowany w tym postępowaniu.

Izba uznała za niezasadne zarzuty sformułowane przez odwołującego dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b, c w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sidly, jak też art. 108 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności skład orzekający ustalił, że zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, zobowiązany był do złożenia oświadczenia, stanowiącego wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (JEDZ). Z kolei na wezwanie zamawiającego, wykonawca miał przedłożyć wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Tymi dokumentami mogły być referencje bądź inne, sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów

- oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych - referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Jako postawę prawną wskazano: rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2020 r., poz. 2415). Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dostaw, o którym mowa powyżej, dotyczy dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy.

Określając minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów zamawiający przewidział (Część nr 2): w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje: minimum 2 (dwie) dostawy o łącznej wartości nie mniejszej niż 900 000 PLN brutto, polegające na łącznej dostawie min. 2 000 opasek do monitorowania osób; oraz minimum 2 (dwie) usługi polegające na wdrożeniu systemu do teleopieki, z zastrzeżeniem, że przynajmniej jedna usługa polegała na wdrożeniu systemu do teleopieki wraz z integracją oprogramowania z centralą telefoniczną IP, o łącznej wartości dwóch usług nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN brutto. Jednocześnie wykonawca jest zobowiązany do podania wartości wykonanych usług, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców oraz przedstawienia dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należyście.

Ponadto Izba ustaliła, że Sidly załączyło do JEDZ wykaz usług, w którym zamieściło ponad 100 pozycji (zrealizowanych zamówień) oświadczając jednocześnie, że: Łącznie pozycje od 1 – 109 powyżej wskazują na wykonanie minimum 2 (dwóch) usług polegających na wdrożeniu systemu do teleopieki, z zastrzeżeniem, że przynajmniej jedna usługa polegała na wdrożeniu systemu do teleopieki wraz z integracją oprogramowania z centralą telefoniczną IP, o łącznej wartości dwóch usług nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto.

Z kolei w wykazie usług, który przystępujący złożył na wezwanie zamawiającego (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa Sidly) przedstawił tych zamówień mniej, przy czym jak ustalił skład orzekający, po zsumowaniu wartości zamówienia, wskazanej w pozycji pierwszej i drugiej - ich łączna wartość przekracza kwotę **1 000 000,00 PLN brutto**.

Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, że literalne brzmienie przedmiotowego warunku nie pozostawia żadnych wątpliwości i miejsca na interpretację, tj. że wykonawca ma wykazać minimum dwie usługi, polegające na wdrożeniu systemu teleopieki (jedna z nich ma też polegać na integracji oprogramowania z centralą telefoniczną IP), przy czym łączna wartość dwóch usług nie może być mniejsza niż 1 000 000,00 PLN brutto. Izba podzieliła tę interpretację. Nie można bowiem przychylić się do stanowiska zamawiającego i przystępującego, którzy wywodzili, że całość wymagania dotyczącego usług wdrożenia odnosi się do ich łącznej wartości. Innymi słowy, że to suma wszystkich zamówień ma opiewać na kwotę co najmniej **1 000 000,00 PLN brutto**.

**Podkreślić należy, że wykładnia literalna, która ma zawsze pierwszeństwo przed innymi, a ta, nie pozostawiając żadnych wątpliwości prowadzi do wniosku, że brzmienie warunku wskazuje, iż wykonawca może wprawdzie wymienić w treści wykazu więcej usług niż dwie, ale wartość dwóch dowolnie wybranych usług nie może być mniejsza niż 1 000 000,00 PLN brutto.**

Bezsporną jest również okoliczność, że z załączonego przez Sidly do JEDZ wykazu usług nie wynika, że wykonawca ten spełnił warunek, w brzmieniu sformułowanym przez zamawiającego. Nie sposób jednak zgodzić się z tezą odwołującego, że Sidly na etapie oświadczenia wstępnego z premedytacją wprowadził zamawiającego w błąd, iż posiada wymagane doświadczenie. Złożony przez niego wykaz, jak też sposób przedstawienia zamówień w treści wykazu, jest bowiem odpowiedzią na sformułowane przez zamawiającego wymaganie w takim brzmieniu, jak interpretował je przystępujący. Nie sposób zarzucić zatem Sidly celowego działania, ani też rażącego niedbalstwa, nawet biorąc pod uwagę profesjonalny charakter podmiotu, jakim bez wątpienia jest Sidly.

Ponadto, przypomnieć także należy, że aby można było wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp (błędnie w treści odwołania wskazane poprzez odwołanie do art. 108 ustawy Pzp) musi dojść do sytuacji, w której wprowadzenie w błąd wynika z podania przez dany podmiot nieprawdziwych informacji, lub też ich przedstawienia w taki sposób, aby wprowadzić w błąd zamawiającego, co do okoliczności, że dany warunek został spełniony. Tymczasem sam odwołujący w treści odwołania zauważa, że podane informacje to „informacje do weryfikacji na poziomie nieskomplikowanego dodawania”. Jeśliby więc zamawiający odczytywał treść warunku w sposób tożsamy do tego, na jaki wskazuje odwołujący - z łatwością mógłby stwierdzić, że w załączniku do JEDZ nie przedstawiono danych wystarczających, aby uznać, że warunek ten został spełniony. Powyższe z pewnością nie prowadziłoby do wykluczenia Sidly z postępowania, gdyż nie sposób stwierdzić, iż podane dane na temat zrealizowanych dostaw/ usług były niezgodne z rzeczywistością, a sposób ich zaprezentowania miał wpływać na decyzję zamawiającego co do spełnienia

warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu, które odwołujący wskazuje.

Co kluczowe, wykaz dostaw/ usług złożony przez Sidly 24 maja 2021 r. nie jest tożsamy z tym, który został przedłożony wraz z JEDZ, a z jego treści wynika, że posiadane przez Sidly doświadczenie potwierdza spełnienie przedmiotowego warunku, także w przypadku zastosowania interpretacji zawężającej (suma poz. 1 i 2 wykazu daje łączną kwotę powyżej 1 000 000,00 PLN brutto).

**Nie sposób się też zgodzić z odwołującym, że oświadczenie w treści wykazu** dostaw/ usług, złożone przez Sidly 24 maja 2021 r. w żaden sposób nie konwaliduje oświadczenia wstępnego złożonego razem z ofertą. Oświadczenie składane w JEDZ stanowi bowiem wstępne potwierdzenie tego, że dany wykonawca warunki udziału w postępowaniu spełnia, zaś jego konkretyzacją są oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie zamawiającego. Z kolei wykaz dostaw/ usług, złożony przez Sidly 24 maja 2021 r., potwierdza spełnienie warunku w zakresie doświadczenia.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazywanych przez odwołującego, w zakresie opisanym powyżej.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut w zakresie, w jakim odwołujący wskazywał naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty odwołującego wskutek błędnego uznania, iż nie spełnił on wymogu opisanego w pkt WT\_102 SWZ tj. nie posiada funkcjonalności Switch (EHS).

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że sporne wymaganie zostało opisane w SWZ, pkt 6.6. Opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym oferowane przez wykonawców telefony systemowe winny spełniać między innymi wymagania: WT\_102 Switch (EHS) współpraca ze słuchawką. W żadnym innym miejscu dokumentacji przetargowej nie zostało opisane, czy też doprecyzowane, co zamawiający rozumie i czego oczekuje wskazując na powyższe wymaganie.

Izba ustaliła także, na podstawie akt sprawy, że zamawiający pismem z 31 maja 2021 r. - informacja o wyborze i ofertach odrzuconych, poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazując jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu z kolei cytował powyższe wymaganie, argumentując, że oferowany przez wykonawcę aparat systemowy - YEALINK Model T54W nie spełnia wymagania technicznego określonego w pkt 102 - tj. nie posiada funkcjonalności Switch (EHS), co umożliwiłoby współpracę ze słuchawką. Powyższe przesądza o uznaniu oferty złożonej przez wykonawcę za niezgodną z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zgodzić się z odwołującym, że zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu jego oferty nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że oferowany telefon nie spełnia wymagania WT\_102, albowiem z treści pisma informującego o odrzuceniu jego oferty nie sposób wywieść jakie wymaganie, sformułowane i opisane przez zamawiającego w treści SWZ - nie zostało spełnione. Innymi słowy gdzie w dokumentacji postępowania znajduje się wymóg, że tylko rozwiązanie, które jest oferowane przez Sidly i polega na wbudowaniu tej funkcjonalności w telefonie, odpowiada na oczekiwania zamawiającego.

Pomimo zatem, iż niespornym jest, że odwołujący zaoferował telefon Yealink T54W, a ten nie posiada wbudowanego modułu EHS, zaś do działania EHS potrzebny jest specjalny, zewnętrzny moduł (EHS40), który stanowi odrębne urządzenie (okoliczność przyznana przez odwołującego), nie sposób ani na podstawie SWZ, ani też nie wynika to z pisma zamawiającego informującego o odrzuceniu oferty odwołującego, wywieść z jakich powodów takie rozwiązanie nie może być przyjęte przez zamawiającego.

Odwołujący przedłożył także, jako dowód, oświadczenie producenta - firmy Yealink, który zaświadczył że oferowany telefon posiada funkcjonalność EHS oraz umożliwia współpracę ze słuchawką. Z kolei adapter EHS40 służy do podłączania bezprzewodowych zestawów słuchawkowych i certyfikowanych przez producenta, takich jak Jabra Pro9470, Plantronics CS520 itp.

Z powyższych powodów należało uznać, że zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego uznając, iż nie spełnił on wymogu SWZ, a to pkt WT\_102 - tj. nie posiada funkcjonalności Switch (EHS), która umożliwiałaby współpracę ze słuchawką. Zamawiający informując odwołującego o odrzuceniu jego oferty nie uzasadnił w sposób dostateczny jakie okoliczności faktyczne legły u podstaw podjętej przez niego decyzji. Uzasadnienie ogranicza się bowiem wyłącznie do przywołania fragmentu SWZ, w którym opisane jest powyższe wymaganie, bez żadnej szczegółowej argumentacji. Podkreślić należy, że każdy wykonawca, który jest eliminowany z przetargu, powinien mieć wiedzę na temat podstaw i okoliczności, z powodu których został czy to wykluczony z postępowania, czy też jego oferta odrzucona. Zamawiający nie sprostował tym obowiązkom, co spowodowało, że przedmiotowy zarzut należało uwzględnić.

Izba nie podzieliła natomiast zarzutów odwołującego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru i zaniechanie odrzucenia oferty Sidly z tego powodu, że oferowany telefon nie spełnia wymogu pkt WT\_102 SWZ - nie zapewnia współpracy ze słuchawką.

Odwołujący swoją ocenę w tym zakresie opierał na przekonaniu, że wymaganie zamawiającego należało rozumieć w ten sposób, że funkcjonalność EHS winna być definiowana jako zdolność telefonu do współpracy z bezprzewodowymi zestawami słuchawkowymi i sterowaniem połączeniami z poziomu słuchawki (odbierania, zawieszania, kończenia połączeń) co nie jest tożsame z fizycznym urządzeniem, jakim jest elektroniczny przełącznik - EHS Switch, który ma zapewnić współpracę ze słuchawką. Twierdził również, że wykonawca Sidly zaoferował jedynie telefon, który podobnie, jak w przypadku oferty firmy odwołującego, posiada funkcjonalność EHS jednakże, wobec braku stosownego adaptera, nie jest w stanie zapewnić współpracy ze słuchawką, a więc spełnić drugiej części wymagania WT\_102.

W przedmiotowym postępowaniu Sidly zaoferowało dostawę telefonu Grandstream GXP2160. Jak wynika z treści oświadczenia oficjalnego dystrybutora marki Grandstream w Polsce - Impet Computers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dowód złożony przez Sidly), posiada on wbudowaną funkcję Switch EHS, a jej stosowanie nie wymaga żadnego dodatkowego adaptera. Dowód ten Izba uznała za wiarygodny, nie sposób bowiem kwestionować prawdziwości zawartych w nim twierdzeń wyłącznie z tego powodu, iż jak podnosił odwołujący, pochodzi od podmiotu, który jako handlujący tym towarem, nie ma takiej samej wiedzy o towarze jak producent i jest zainteresowany jego sprzedażą. Ponadto, oprócz sformułowania powyższych zastrzeżeń, odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że wymaganie o treści opisanej w SWZ nie zostało spełnione.

Dodatkowo, informacje na temat posiadania Switch EHS zawarte są w oficjalnej dokumentacji producenta, w której w opisie telefonu GXP2160 znajduje się informacja, że jest to najnowocześniejszy telefon SIP klasy biznesowej, wyposażonym między innymi w funkcję Electronic Hook Switch EHS. Z kolei dokumentacja techniczna oferowanego telefonu zawiera informację o wsparciu Electronic Hook Switch EHS: telefon jest wyposażony w port zestawu słuchawkowego, złącze RJ9, które zapewnia wsparcie dla EHS z zestawem słuchawkowym (dowód przystępującego złożony na rozprawie).

W świetle powyższych dowodów, dodatkowo wobec ogólnego zapisu w zakresie tego wymagania - Izba uznała, że funkcjonalność żądana przez zamawiającego - została przez Sidly zaoferowana.

Stosownie do treści przepisu art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp wobec tego, że umowa w niniejszym postępowaniu została zawarta, Izba uwzględniła odwołanie i stwierdziła naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów: art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji wskazanych przez Sidly w wykazie dotyczących dostaw i usług, składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych, informacji wskazanych przez Sidly w dokumentach potwierdzających, iż wskazane w wykazie dostaw i usług zostały wykonane należycie, składanych na potrzeby spełniania przez Sidly warunków udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 maja 2021 r. do złożenia środków podmiotowych oraz informacji wskazanych przez Sidly w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (część tajna) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, wskutek błędnego uznania, iż oferta ta nie spełnia wymogu SWZ, a to pkt WT\_102 - tj. nie posiada funkcjonalności Switch (EHS).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

W przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegało sześć zasadniczych zarzutów:  
(1) niezasadne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Sidly, dokumentów składanych w toku postępowania; (2) zaniechanie odrzucenia Sidly pomimo, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę; (3) zaniechanie odrzucenia Sidly pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z SWZ, gdyż oferowany przedmiot nie spełnia wymagań opisanych przez zamawiającego;  
(4) odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ z powodu braku spełnienia wymagań w zakresie IP65 i braku możliwości weryfikacji wersji oprogramowania; (5) zaniechanie odrzucenia Sidly pomimo, że jego oferta nie spełnia wymogu w postaci posiadania funkcjonalności Switch (EHS) oraz (6) odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że oferowane przez niego rozwiązanie zapewnia funkcjonalność Switch (EHS). Mając na względzie fakt, że odwołanie zostało uwzględnione tylko w zakresie dwóch spośród sześciu wzmiankowanych zarzutów, Izba uznała za zasadne podzielenie kosztów postępowania odwoławczego w proporcji 2/3 i 1/3, a w konsekwencji zasądzeniu od zamawiającego na rzecz odwołującego podlegała kwota 6.200,00 zł. (5 000,00 zł. - 1/3 wpisu od odwołania i 1.200,00 zł. - 1/3 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika).

Przewodniczący:.....

.....

.....