Sygn. akt: KIO 2935/21
Sygn. akt: KIO 2946/21

WYROK

z dnia 2 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 października 2021 r. przez wykonawców: Konsorcjum Firm 1) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik); 2) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków; 3) PKP Informatyka sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (sygn. akt: KIO 2935/21)

B. w dniu 4 października 2021 r. przez wykonawcę: Invent On Sp. z o.o., ul. Aleja Wyścigowa 4B lok. 1-4, 02-681 Warszawa (sygn. akt: KIO 2946/21)

w postępowaniu prowadzonym przez Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. Lewartowskiego 6, 00-190 Warszawa przy udziale:

A. wykonawców Konsorcjum Firm 1) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik);

2) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków; 3) PKP Informatyka sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2946/21 po stronie odwołującego

B. wykonawcy DXC Technology Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2935/21 oraz o sygn. akt: KIO 2946/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1A. Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2935/21:

1) uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenie przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) - poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego i przyznanie mu zbyt małej liczby punktów i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu przyznania ofercie Odwołującego dodatkowych 4 punktów w kryterium zgodność z normą PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 Technika informatyczna - zarządzanie usługami - Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami.

2) W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm 1) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik); 2) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków; 3) PKP

Informatyka sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków w części 1/2 i Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. Lewartowskiego 6, 00-190 Warszawa w części 1/2 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum Firm

1) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik); 2) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków; 3) PKP Informatyka sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego,

2.2. zasądza od Centralnej Komisję Egzaminacyjną, ul. Lewartowskiego 6, 00-190 Warszawa na rzecz Konsorcjum Firm 1) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik);

2) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków; 3) PKP Informatyka sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego;

1B. Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2946/21:

1) uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenie przepisów art. art. 128 ust. 1, 4, 5 w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 1. Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) - poprzez dokonaniu niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Odwołującego poprzez przyznanie Odwołującemu zaniżonej liczby punków, zamiast 83,45 pkt przyznanie 79,45 pkt, poprzez błędne nieuwzględnienie 4 pkt za posiadanie Certyfikatu zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania - lub równoważnego, a w przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego co do równoważności certyfikatu przedłożonego przez Odwołującego, zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do przedłożenia stosownych wyjaśnień,

i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu przyznania ofercie Odwołującego dodatkowych 4 punktów w kryterium zgodność z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania.

2) W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Invent On Sp. z o.o., ul. Aleja Wyścigowa 4B lok. 1-4, 02-681 Warszawa w części 3/4 i Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. Lewartowskiego 6, 00-190 Warszawa w części 1/4 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Invent On Sp. z o.o., ul. Aleja Wyścigowa 4B lok. 1-4, 02-681 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Centralnej Komisję Egzaminacyjną, ul. Lewartowskiego 6, 00-190

Warszawa na rzecz Invent On Sp. z o.o., ul. Aleja Wyścigowa 4B lok. 1-4, 02-681 Warszawa kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego;

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 2935/21
Sygn. akt: KIO 2946/21

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn; „Utrzymanie w ruchu i rozwój systemu informatycznego SIOEPKZ w tym prace programistyczne oraz usługi im towarzyszące", Numer referencyjny: CKE/2/2021, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.06.2021 r. pod nr 2021/S 112- 293135 przez: Centralną Komisję Egzaminacyjną, ul. Lewartowskiego 6, 00-190 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 - zwanej dalej: „NPzp" albo „Pzp" albo „Ustawy PZP" albo „Ustawy Pzp".).

Dnia 24.09.2021 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: DXC Technology Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa zwanej dalej: „DXC Technology Polska Sp. z o.o." albo „DXC" albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2935/21 oraz w sprawie o sygn. akt; KIO 2946/21". Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Konsorcjum Firm 1) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik); 2) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków; 3) PKP Informatyka sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa; z adresem dla siedziby pełnomocnika: Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwana dalej: „Konsorcjum Comarch" albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt; KIO 2935/21" albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt; KIO 2946/21". Trzecią pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Invent On Sp. z o.o., ul. Aleja Wyścigowa 4B lok. 1-4, 02-681 Warszawa zwana dalej: „Invent On Sp. z o.o." albo „Invent On" albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt; KIO 2946/21".

Dnia 28.09.2021 r. (e-mailem) Zamawiający przekazał na wniosek Konsorcjum Comarch dokumenty podmiotowe oraz wyjaśnienia odnośnie ceny rażąco niskiej (w ograniczonym zakresie).

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 07.10.2021 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2935/21, sygn. akt: KIO 2946/21 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2935/21:

W dniu 04.10.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)

Konsorcjum Comarch wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego z 24 i 28.09.2021 r.

Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Wniósł odwołanie na:

1. niezgodnej z przepisami NPzp oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ") czynności oceny i badania ofert,

2. niezgodnej z przepisami Ustawy oraz SWZ czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. zaniechania odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez wykonawcę DXC:

i. wyjaśnień rażąco niskiej ceny DXC z 10.09.2021 r. wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (dalej: „Wyjaśnienia RNC")

ii. wezwania Zamawiającego z 13.09.2021 r. skierowanego do DXC do złożenia doszczegółowienia Wyjaśnień RNC

iii. uzupełnienia Wyjaśnień RNC (uszczegółowienie) złożone przez DXC z 15.09.2021

iv. załączników do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC z dnia

10.09.2021 r.

4. przyznania Odwołującemu zbyt małej liczby punktów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Naruszenie art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 ust. 1 i 2 Ustawy PZP w zw. z art. 11 ust.

2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odtajnienia

i udostępnienia Odwołującemu w całości zastrzeżonych przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa:

i wyjaśnień rażąco niskiej ceny DXC z 10.09.2021 r. wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa;

ii wezwania Zamawiającego z 13.09.2021 r. skierowanego do DXC do złożenia doszczegółowienia Wyjaśnień RNC;

iii uzupełnienia Wyjaśnień RNC (uszczegółowienie) złożone przez DXC z 15.09.2021 r.;

iv załączników do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC z 10.09.2021 r. pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. Naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 Ustawy Pzp - poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego i przyznanie mu zbyt małej liczby punktów.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności oceny i badania ofert;

2. Powtórzenie czynności oceny i badania ofert, zgodnie z przepisami NPzp oraz SWZ;

3. Odtajnienie i udostępnienie w całości złożonych przez DXC:

i wyjaśnień rażąco niskiej ceny DXC z 10.09.2021 r. wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa;

ii wezwania Zamawiającego z 13.09.2021 r. skierowanego do DXC do złożenia doszczegółowienia Wyjaśnień RNC;

iii uzupełnienia Wyjaśnień RNC (uszczegółowienie) złożone przez DXC z 15.09.2021 r.;

iv załączników do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC z 10.09.2021 r.;

4. Przyznania ofercie Odwołującego dodatkowych 4 punktów w kryterium zgodność z normą PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 Technika informatyczna - zarządzanie usługami- Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami.

Zamawiający prowadzi postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Utrzymanie w ruchu i rozwój systemu informatycznego SIOEPKZ w tym prace programistyczne oraz usługi im towarzyszące, tj. świadczenie w ramach zamówienia

podstawowego oraz prawa opcji usługi utrzymywania w ruchu oraz rozwoju, w tym wprowadzania modyfikacji związanych z rozwojem wdrożonego i funkcjonującego w CKE, systemu informatycznego obsługi egzaminów zawodowych. Oferty w postępowaniu złożyło 3 wykonawców: Odwołujący (Konsorcjum Comarch), DXC oraz Invent On). W dniu 24.09.2021 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty DXC.

/W tym miejscu odwołania Odwołujący przedstawił punktację przyznaną wykonawcom w tabeli./ Żadna z ofert nie została odrzucona.

Zwraca uwagę, iż Odwołujący w kryterium nr 6) pn. Zgodność z normą PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 Technika informatyczna - zarządzanie usługami - Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami - otrzymał zero punktów. Ponadto zwrócił uwagę, że łączna cena oferty DXC wynosi 15 033 258,00 zł., zaś łączna cena oferty pozostałych wykonawców, tj. Konsorcjum Comarch i Invent On to odpowiednio 19 783 294,02 zł. i 20 756 250,00 zł. Cena oferty wybranej DXC jest niższa o 42 % od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia (plus VAT) - która wynosi (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym w wezwaniu DXC do złożenia wyjaśnień RNC z dnia 31.08.2021) 25 832 305,07 zł. brutto. Zapoznanie się ze szczegółową kalkulacją ceny wskazuje również, iż zachodzi istotne odstępstwo ceny jednej ze składowych zamówienia oferowanej przez DXC od cen konkurentów. Chodzi o cenę jednostkową usług rozwoju systemu, wycenianą w roboczogodzinach. Otóż oferowana przez DXC cena 1 roboczogodziny wynosi zaledwie 106,51 zł., podczas gdy cena za tę usługę oferowana przez pozostałych wykonawców jest zbieżna, wynosi dla Konsorcjum Comarch 150,68 zł. za 1 roboczogodzinę, a cena oferowana przez Invent On wynosi 158,67 zł. za 1 roboczogodzinę. Szczegółowa kalkulacja złożonych cen ofert - w załączeniu do odwołania.

Zamawiający dostrzegł niski poziom cen oferowanych przez DXC i wezwał tego wykonawcę pismem z 31.08.2021 r. do złożenia wyjaśnień ceny - w załączeniu do odwołania. W szczególności Zamawiający zauważył odstępstwo ceny za roboczogodzinę oferowaną przez DXC od odpowiednich cen konkurentów. Dowodzi tego fakt, iż poświęcił tej cenie jednostkowej konkretne żądanie wskazując, iż wzywa do złożenia wyjaśnień co do „metod i kalkulacji oraz dowodów wyliczenia ceny całkowitej oferty oraz istotnych części składowych ww. ceny w tym w szczególności stawki w wysokości 106,51 zł. brutto za 1 roboczogodzinę prac programistycznych i usług im towarzyszących związanych z rozwojem systemu informatycznego SIOEPKZ". Wyjaśnienia ceny wykonawca DXC złożyło pismem z 10.09.2021. Dokument ten zawiera rozdział uzasadniający tajemnicę przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC. Całość Wyjaśnień RNC wraz z uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa tych wyjaśnień (w wersji udostępnionej Odwołującemu) - w załączeniu do odwołania.

Następnie Zamawiający pismem z 13.09.2021 r. wezwał DXC ponownie do złożenia Wyjaśnień ceny - uszczegółowienia złożonych informacji - w załączeniu do odwołania. Treść tego wezwania - na żądanie DXC została utajniona przed konkurentami. Uszczegółowione informacje w ramach Wyjaśnień RNC zostały złożone pismem z 15.09.2021 r. - w załączeniu do odwołania (w wersji udostępnionej Odwołującemu). Wyjaśnienia te nie zawierają dodatkowego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dla zawartych w nich doszczegółowionych informacji. DXC w tym zakresie jedynie odesłało do wcześniejszego zastrzeżenia tajemnicy i jego uzasadnienia, złożonego wraz z Wyjaśnieniami ceny (w dniu 10.09.2021 r.).

Zarzut I. Zaniechanie odtajnienia informacji i dokumentów składających się na Wyjaśnienia

RNC.

Przechodząc do uzasadnienia tego zarzutu wskazał na fakt, iż informacje zawarte w dokumentach objętych odwołaniem zostały niemal w całości utajnione przez DXC, a Zamawiający zastrzeżenie to podtrzymał. Jedyne fragmenty odtajnione sprowadzają się do cytowanych w Wyjaśnieniach RNC orzeczeń i dorobku doktryny/judykatury, ewentualnie swego rodzaju wstępów czy wprowadzeń do danego dokumentu jako takiego. W tej sytuacji Odwołujący, jako całkowicie pozbawiony wglądu w treść Wyjaśnień RNC (wraz z uzupełnieniem) i związaną z nimi korespondencję wskazuje, iż:

• Złożone przez DXC Wyjaśnienia RNC z 10.09.2021 r. mają łącznie 38 stron (w tym komparycja pisma) - z czego (objętościowo) aż 23 stron utajnionych, w tym:
o Rozdział Realizacja umowy z CKE a koszty związane z wdrożeniem projektu - całkowicie tajny (w całości) - str. 13/14

o Rozdział Wpływ doświadczenia na kalkulację kosztów realizacji usługi (dotyczy know how i bazy wiedzy oraz metod szacowania) - tajny w % , jawny jedynie ogólny wstęp) - str. 15/16
o Rozdział Szczegółowa kalkulacja ceny zaoferowanej w postępowaniu - całkowicie tajny (w całości) - str. 16 - 17

o Rozdział Świadczenie usług utrzymania systemu - całkowicie tajny (poza 1,5 strony „przepisującej" wymagania SIWZ) - str. 17 do 28 o Rozdział Świadczenie usług rozwoju systemu - całkowicie tajny (w całości) - str. 29 do 38

• Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC (w jednym dokumencie z Wyjaśnieniami RNC z 10.09.2021 r.) ma łącznie 13 stron - przy czym:
o tajna pozostaje jedynie część dotycząca jednej (z trzech) przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa - dotycząca „podjęcia działań w celu utrzymania informacji w poufności" (w całości)

o tajne są dowody załączone do Uzasadnienia tajemnicy (w tym ich lista) o Tajne pozostaje kilka linijek w zakresie uzasadnienia przesłanki wymagającej wykazania tego, że informacje nie są dostępne publicznie o Przesłanka dotycząca technicznego i organizacyjnego charakteru informacji oraz posiadania przez nie wartości gospodarczej jest uzasadniona i „wykazana" w sposób całkowicie jawny (brak zastrzeżenia tajemnicy samego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie).

Uzupełnienie Wyjaśnień RNC z 15.09.2021 r. ma łącznie 12 stron - z czego:

o Całość uzupełnionych wyjaśnień ceny (sic!) od str. 3 do 12 (poza kilkoma zdaniami o braku wpływu „niedopatrzenia" na wykazanie realności ceny) jest całkowicie tajne,
o Str. 1 do 2 uzupełnionych Wyjaśnień RNC stanowi adres i streszczenie niejawnego (utajonego) zapytania Zamawiającego z 13.09.2021 r., o Tajemnica przedsiębiorstwa tych uzupełnionych w ramach Wyjaśnień RNC informacji nie została w ogóle uzasadniona.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny DXC z 10.09.2021 r.

Odwołujący wskazuje, iż biorąc pod uwagę najnowsze orzecznictwo KIO oraz Sądu Okręgowego - sąd zamówień publicznych - zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - by było skuteczne musi zostać:

(A) Udowodnione - jako prawidłowe, bliskie znaczeniowo rozumienie ustawowego zwrotu „wykazane";

(B) Nie może dochodzić do utajnienia całości dokumentów;

(C) Nie można zbiorczo, czy jako całość uzasadniać zastrzegania danych informacji; każda informacja zastrzeżona powinna zostać „wyszczególniona" i mieć indywidualnie przypisane do niej i wykazane spełnienia wszystkich łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał w tym miejscu na niedawny wyrok KIO z dnia 01.04.2021 r., sygn. akt: KIO 500/21. Kwestia zasadności zastrzeżenia Wyjaśnień RNC była w ramach tej sprawy przedmiotem sporu pomiędzy Asseco Poland S.A., Zakładem Ubezpieczeń Społecznych i Comarch. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku tym nakazała m.in. odtajnienie całości wszystkich dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę Comarch i składających się na wyjaśnienia ceny, między innymi ze względu na brak wskazania wartości gospodarczej oraz brak wyszczególnienia informacji zastrzeganych i podlegających ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W wyroku tym Izba wskazała m.in.: „Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.". Dodał, że Sąd Okręgowy w wyrok z 01.10.2021r. sygn. akt: XXIII/ZS/53/21 rozpoznającego skargę Comarch na w/w wyrok KIO - podtrzymał wyrok KIO w całości. W ustnych motywach wyroku Sąd wskazał:

„Co do zarzutu numer 4 z odwołania [przyp. Dotyczącego zaniechania odtajnienia m.in. wyjaśnień ceny Comarch] sąd uznał, że skoro artykuł 8 ustawy prawo zamówień publicznych statuował jako zasadę jawność postępowania, to tej właśnie zasadzie dać należy prymat i z uwzględnieniem jej dokonywać interpretacji wszystkich pojęć odnoszących się do wyjątków od tej zasady. Dalego Sąd Okręgowy Uznał, że rację miała Krajowa Izba Odwoławcza co do traktowania wymogu wykazania przesłanek z artykułu 8 ustęp 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych jako zbliżonego do pojęcia udowodnienia i rację miała też Krajowa Izba Odwoławcza, że Comarch tego obowiązku nie zrealizował. Skoro zaś ZUS w większości tajemnice zastrzeżoną przez Comarch SA zachował, to ta decyzja ZUS słusznie została przez Krajową Izbę odwoławczą uznana za nieprawidłową.

Sąd uznał, że rację miała Krajowa Izba Odwoławcza, iż dopuszczalne jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa tylko konkretnych informacji, a nie całych dokumentów oraz że każda taka zastrzegana informacja powinna bvć wyszczególniona,

opisana i jej powinny bvć przyporządkowane konkretne argumenty co do objęcia tej danej wyszczególnionej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W tej sprawie Comarch tych warunków nie zrealizował, bo żądał utajnienia całych dokumentów a nie wyszczególnionych informacji i nie przyporządkował tym poszczególnym informacjom konkretnej argumentacji, która uzasadniałaby objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Skoro zaś zamawiający, czyli ZUS, to zaakceptował, to również postąpił w sposób nieprawidłowy. Metodologia działania Zamawiającego, czyli ZUS, była przy tym rodzajowo taka sama jak metodologia postępowania Comarch.

Czyli również zamawiający w sposób zbiorczy i w ocenie KIO, i tak samo sądu, ogólnikowy bez wyszczególnienia i bez przyporządkowania konkretnych informacji do konkretnych faktów odniósł się do tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji sąd ocenił, że Krajowa Izba odwoławcza słusznie uznała, że zamawiający naruszył w tym zakresie przepisy ustawy prawo o zamówieniach publicznych i dlatego sad skargę Comarch oddalił".

Na gruncie niniejszej sprawy subsumpcja w/w wyroku Sądu do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa DXC co do złożonych Wyjaśnień RNC prowadzi do wniosku, że DXC - co niesłusznie podtrzymał i honorował Zamawiający - nie sprostało zadaniu wykazania zasadności objęcia Wyjaśnień RNC i ich informacji tajemnicą. Przede wszystkim DXC nie zastrzegło jako tajemnica tylko konkretnych informacji w ramach Wyjaśnień RNC. Przeciwnie

- zastrzegła całe dokumenty/rozdziały dokumentów (in extenso).

Po drugie - w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC z dnia 10.09.2021 r. nie zachodzi wymagane wyszczególnienie informacji, z których każda - jak wskazuje Sąd - powinna być wyszczególniona, opisana i jej powinny być przyporządkowane konkretne argumenty. Nic takiego na gruncie uzasadnienia tajemnicy złożonego przez DXC nie ma miejsca. Skoro DXC nie wyszczególniło tych informacji - to również siłą rzeczy nie przyporządkowało tym poszczególnym informacjom konkretnej argumentacji, uzasadniającej objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po trzecie - DXC (oraz sam Zamawiający, który uznał taką praktykę za poprawną) w sposób zbiorczy, bez wyszczególnienia i bez przyporządkowania konkretnych informacji do konkretnych faktów odniosło się do tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nie budzi wątpliwości, iż DXC posłużyło się metodą zastrzegania całości dokumentów

- całych rozdziałów. Analiza olbrzymiego zakresu zastrzeżenia tajemnicy (w całości liczne strony, kolejne, jedna za drugą) musi prowadzić do takiego wniosku. Konstatacji tej nie zmienia fakt, iż we wstępie Wyjaśnień RNC, jak i ich uzupełnienia z 15.09.2021 r. znalazły się jawne akapity - ich jawność nic nie wnosi do sprawy, gdyż nie stanowią one istoty wyjaśnień kalkulacji tej konkretnej ceny oferty. Odwołujący w szczególności zwraca uwagę, że kwestia wyjaśnienia stawki z 1 roboczogodzinę pozostaje w całości utajniona. Cały dokument w tym zakresie jest tajny. To samo dotyczy wyjaśnienia cen usług serwisowych. Również w tym przypadku cały dokument w tym zakresie jest jawny.

Nie budzi też wątpliwości, że DXC posłużyło się metodą uzasadniania tajemnicy informacji składających się na szacowanie ceny jako całość, a nie odrębnie dla każdej wyszczególnionej informacji. W świetle w/w aktualnych wypowiedzi orzeczniczych praktyka taka jest niewłaściwa. Skoro zatem objęcie przez DXC całych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować regułę exceptiones non sunt extendendae - zakazującą stosowania wykładni rozszerzającej wyjątków. Potwierdzają powyższe przykładowe wyroki KIO:

✓ Wyrok z 01.06.2020r., sygn. akt: KIO 539/20;

✓ Wyrok z 21.11.2019r., sygn. akt: KIO 2263/19;

✓ Wyrok z 26.02.2019r., sygn. akt: KIO 260/19;

✓ Wyrok z 07.11.2018r., sygn. akt: KIO 2222/18;

✓ Wyrok z 21.05.2018r., sygn. akt: KIO 875/18,

W efekcie jeżeli wykonawca - jak DXC w niniejszym postępowaniu - który objął jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wykazał spełniania wszystkich przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający ma obowiązek odtajnić takie dokumenty i przekazać je pozostałym wykonawcom. Odrębnie należy odnieść się do samej treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC firmy DXC. Dowodzi ona, iż wszystkie przesłanki legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały

spełnione. W żaden sposób nie wykazano/ nie udowodniono bowiem tego, że zastrzegane informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Zarzucił, iż wykonawca DXC nie udowodnił wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w żaden sposób i w żadnym zakresie. Co więcej - nawet ich nie wyjaśnił, ani nie opisał. DXC nie udowodniło w ogóle zatem wartości gospodarczej informacji objętych tajemnicą - ani jako całości danych (jako całości), czy też całych dokumentów (rozdziałów dokumentów) - co zresztą jest wadliwą praktyką w świetle w/w wyroku, Wykonawca DXC tym bardziej nie wykazał wartości gospodarczej każdej wyszczególnionej, istotnej dla kalkulacji tej konkretnej ceny informacji. Wynika to z tego, że uzasadnienie wykazania przesłanki wartości gospodarczej* tajemnicy informacji zawartych w Wyjaśnieniach RNC z 10 września 2021 jest lakoniczne, ogólnikowe i w ogóle nie zawiera żadnych konkretnych danych, ani dowodów. Jest też - co ważne - w całości jawne, co pozwala na weryfikację sposobu wykazania tej przesłanki. Odwołujący przedstawia uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC sporządzone przez RNC w zakresie omawianej przesłanki - w całości poniżej:

„(■■■) Ad 1)

Wszystkie dane, oświadczenia I kalkulacje zastrzeżone przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie są ani powszechnie znane ani łatwo dostępne innym osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, w szczególności jako zespół (komplet) informacji, w kształcie i treści tożsamej i informacja złożona w Postępowaniu.

W szczególności należy zauważyć, że załączone w ramach złożonej oferty kalkulacje świadczą o potencjale ekonomicznym i możliwej przewadze nad konkurencją i zawierają informacje o charakterze biznesowym i organizacyjnym mające realną wartość gospodarczą.

Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji usankcjonowała wyrażany od wielu lat w orzecznictwie obowiązek zamawiającego badania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zestawienia i zbioru elementów takiej informacji. Tytułem przykładu należy jedynie wskazać:

1) wyrok Sądu Najwyższego Z 22 lutego 1007 r., sygn. akt V C5K 444/2D06 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 sierpnia 2012 r, sygn. akt. Ca 3061/11, w świetle których nawet w sytuacji, gdy poszczególne elementy zbioru informacji są jawne, me decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi informacji.;

2) wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r.. sygn. akt. KIO 2421/17, w świetle, którego:

„jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę",

Ad2) (...)”

Nie sposób nie zauważyć, że poza ogólnymi treściami, które mogłoby pasować do (próby) wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa każdej ceny w dowolnej ofercie - uzasadnienie przekazane zamawiającemu przez DXC w ogóle nie prezentuje, a nie dowodzi żadnej wartości gospodarczej zastrzeżonych w złożonych Wyjaśnieniach RNC danych i informacji (ani całych dokumentów/ich rozdziałów).

Tym samym z uwagi na brak wykazania tej przesłanki całe zastrzeżenie Wyjaśnień Tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie Wyjaśnień RNC (a tym samym też wezwania Zamawiającego z 13.09.2021r. nie może się ostać. Wszystkie 3 przesłanki legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa muszą zostać bowiem wykazane łącznie. Brak udowodnienia jednej z nich przekreśla zasadność całości zastrzeżenia tajemnicy.

Skoro DXC dla żadnej z zastrzeganych informacji nie podało, nie opisało, ani nie wykazało wartości gospodarczej - to zachodzi konieczność uwzględnienia odwołania z tego powodu, jako powodu samoistnego i niezależnego od pozostałych.

Za powyższym przemawiają przykładowe wypowiedzi orzecznicze:

- ✓ Wyrok KIO z 25.09.2020 r., sygn. akt: KIO 2123/20:
- ✓ Uchwała KIO z 12.02.2020 r., sygn. akt: KIO/KU 5/20:
- ✓ Wyrok KIO z 05.03.2020 r., sygn. akt: KIO 365/20:
- ✓ Wyrok KIO z 02.10.2019r., sygn. akt: KIO 1791/19, KIO 1807/19:

✓ Wyrok KIO z 11.06.2019 r., sygn. akt: KIO 963/19. Tak samo w wyrokach: KIO 2907/20 z 30.11.2020r.; KIO 1850/20 z 8.09.2020r.; KIO 1705/19 z 19.09.2020r.; KIO 466/19 z 4.04.2019r.; i KIO 1675/18 z 14.09.2018r.

✓ Wyrok KIO z 17.01.2019 r., sygn. akt: KIO 1673/18. Identyczne stanowiska Izba zaprezentowała w wyrokach: KIO 720/21 z 29.03.2021r.; KIO 624/19 z 25.04.2019r.; KIO 247/19 z 26.02.2019r.; KIO 148/19 z 11.02.2019.; KIO 2673/18 z 17.01.2019r.; KIO 1058/18 z 14.06.2018 i KIO 2296/18 z 26.11.2018r.

✓ Uchwała KIO z 02.08.2018 r., sygn. akt: KIO/KU 30/18: Podobnie w wyrokach KIO 427/21 z 5.03.2021r.; KIO 265/21 z 22.02.2021r.; KIO 241/21 z 18.02.2021r.; KIO 2470/20

z 2.22.2020r. Reasumując - Odwołujący wskazał, że DXC nie podało, ani nie wykazał wartości gospodarczej dla żadnej z zastrzeganych informacji dotyczących Wyjaśnienia RNC co powoduje, że zastrzeżenie jawności Wyjaśnień RNC informacji jest w całości nieskuteczne. Powyższa argumentacja dotyczy również:

a. Wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień z 13.09.2021r. - wezwanie dotyczy treści pierwszych wyjaśnień. Odwołujący nie wie, której części wyjaśnień, gdyż nawet ten fakt Zamawiający bezprawnie utajnił przed Odwołującym. Niemniej jednak Odwołujący uważa, że wezwanie dotyczy informacji, która nie została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa;

b. Uzupełnienia Wyjaśnień RNC z 15.09.2021r. - DXC nie załączyło do tych wyjaśnień żadnego nowego uzasadnienia, wskazując jedynie na poprzednie uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (wcześniej złożone). Tymczasem skoro tych informacji w pierwotnych wyjaśnieniach nie było - logicznym jest, iż nie mogły one zostać objęte wykazaniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, dołączonego do tych pierwotnych Wyjaśnień RNC.

Załączniki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 10.09.2021 r.

Wszystkie załączniki do tego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa DXC są tajne. Tymczasem DXC nie przedstawiło uzasadnienia dla objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. A zatem ten brak formalny już wystarczy, aby uznać ich zastrzeżenie za niezasadne. A to wobec faktu, że DXC nawet nie podjęło próby, aby wykazać spełnienie się legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut II. Przyznanie Odwołującemu zbyt małej liczby punktów - przyznanie „0" punktów w kryterium: zgodność z normą PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 Technika informatyczna - zarządzanie usługami - Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami.

Zgodnie z brzmieniem zapisów SIWZ w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert opisanym w rozdziale XIX SWZ, Zamawiający zobowiązany był przyznać 4 punkty Wykonawcy legitymującemu się aktualnym na dzień składania ofert certyfikatem zgodności z normą PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 Technika informatyczna - zarządzanie usługami - Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami lub ISO/IEC 20000-1:2018 - lub równoważną. Już z samego brzmienia powyższego zapisu można wywnioskować, że Zamawiający powołuje się zarówno na normy międzynarodowe jak i normy krajowe. Oznacza to, że dokumenty normatywne wprowadzone przez Międzynarodową Organizację Normalizacyjną (ISO) oraz Międzynarodową Komisję Elektrotechniczną (IEC) są traktowane jako tożsame z polskim wprowadzeniem normy (PN) dokonywanym przez Polski Komitet Normalizacyjny. Odwołujący oczywiście zgadza się z takim stanem faktycznym, który nie podlega dyskusji i ma potwierdzenie w obowiązującym prawie. PKN działa na podstawie ustawy z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (Dz. U. z 2015 r., poz. 1483). Ustawa ta określa podstawowe cele, zasady, organizację i finansowanie normalizacji. Nadmienić przy tym należy, że jedną z podstawowych zasad normalizacji jest jednolitość i spójność postanowień norm. Zgodnie z art. 5 ust. 2 Ustawy o normalizacji z dnia 12 września 2002 r. (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 1483) Polska Norma może być wprowadzeniem Normy Międzynarodowej lub Europejskiej, a wprowadzenie to może nastąpić w języku oryginału. Normy Europejskie istnieją w trzech oficjalnych wersjach (angielskiej, francuskiej i niemieckiej). PKN wprowadza Normy Europejskie do Polskich Norm metodą uznania, tzn. w języku oryginału. Tłumaczenie na język polski może być wykonane po uzyskaniu odpowiednich środków finansowych. W przypadku normy PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 tłumaczenie na język polski i publikacja normy nastąpiła po 3 latach od wprowadzenia tożsamej normy międzynarodowej ISO/IEC 20000-1:2011.

Na potwierdzenie powyższego dołączył w odwołaniu wyciąg z informacji publikowanej przez Polski Komitet Normalizacyjny na stronie internetowej:

Tożsamość norm oznaczona jest akronimem IDT oznaczającym, że wprowadzona polska norma jest całkowicie identyczna, całkowicie zgodna merytorycznie i formalnie z normą europejską (EN) lub międzynarodową (ISO). Przykładowe oznaczenia, które by tej tożsamości nie potwierdzały, to skrót EQV oznaczający, że norma jest ujednolicona, całkowicie zgodna merytorycznie, ale różniąca się formalnie z porównywana normą, lub skrót MOD oznaczający, że norma została zmodyfikowana i nie jest zgodna ani merytorycznie, ani formalnie z porównywaną normą. W związku z powyższym nie podlega dyskusji fakt, że normy ISO/IEC 20000-1:2011 oraz PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 są tożsama a co za tym idzie certyfikaty zgodności z normą ISO/IEC 20000-1:2011 są tożsame z certyfikatami zgodności z normą PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01.

Negowanie faktu tożsamości wspomnianych wyżej certyfikatów stałoby w sprzeczności z międzynarodową działalnością normalizacyjną PKN i krzewieniem współpracy ogólnoświatowej we wszystkich zagadnieniach związanych z normalizacją, promowaniem i tworzenie międzynarodowych dokumentów normatywnych, głównie Norm Międzynarodowych. Nadmienić przy tym należy, że Polski Komitet Normalizacyjny jest jednym z członków założycieli Międzynarodowej* Organizacji Normalizacyjnej ISO (International Organization for Standardization) - organizacja pozarządowa z siedzibą w Genewie, powołana do życia w 1947 r. Biorąc pod uwagę fakt, że certyfikat którym legitymuje się konsorcjum Comarch jest tożsamy z wymaganym certyfikatem Zamawiający zobligowany był do przyznania 4 punktów w kryterium zgodność z normą PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 Technika informatyczna - zarządzanie usługami- Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami.

Zamawiający w dniu 05.10.2021 r. wezwał (drogą elektroniczną) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.10.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) DXC Technology Polska Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: DXC Technology Polska Sp. z o.o.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2946/21:

W dniu 04.10.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Invent On Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego z 24.09.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Wnosił odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

1. dokonaniu wybory najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. podczas, gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Centralną Komisję Egzaminacyjną pod numerem: CKE/2/2021 z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- co w konsekwencji stanowiło naruszenie przepisów art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp,

2. zaniechaniu zweryfikowania przez Zamawiającego prawdziwości informacji i twierdzeń zawartych w ofertach, załącznikach do ofert i dalszych dokumentach złożonych przez wykonawców w ramach postępowania przetargowego,

- co w konsekwencji stanowiło naruszenie przepisów art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 10) Pzp,

3. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez DXC Technology Polska Sp. z o.o., który to podmiot w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji zawartych w złożonej ofercie, jej załącznikach i dalszych dokumentach złożonych ramach postępowania przetargowego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas, gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona z przetargu z uwagi na niespełnianie warunków postępowania przetargowego prowadzonego przez Centralną Komisję Egzaminacyjną pod numerem: CKE/2/2021,

- co w konsekwencji stanowiło naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 10) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) oraz art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 Pzp,

4. dokonaniu niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Odwołującego poprzez przyznanie Odwołującemu zaniżonej liczby punków, zamiast 83,45 pkt przyznanie 79,45 pkt, poprzez błędne nieuwzględnienie 4 pkt za posiadanie Certyfikatu zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania - lub równoważnego, a w przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego co do równoważności certyfikatu przedłożonego przez Odwołującego, zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do przedłożenia stosownych wyjaśnień,

- co w konsekwencji stanowiło naruszenie przepisów art. art. 128 ust. 1, 4, 5 w zw. z art. 223

ust. 1 zd. 1. Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w szczególności:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego,

3) wykluczenie z postępowania przetargowego i/lub odrzucenie oferty DXC Technology Polska Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu, lub z powodu niespełniania warunków postępowania przetargowego prowadzonego przez Centralną Komisję Egzaminacyjną pod numerem: CKE/2/2021, po dokonaniu, zaniechanej przez Zamawiającego, czynności zweryfikowania przez Zamawiającego prawdziwości informacji i twierdzeń zawartych w ofercie, załącznikach do oferty i dalszych dokumentach złożonych przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. w ramach postępowania przetargowego, ewentualnie:

4) unieważnienia postępowania przetargowego prowadzonego przez Centralną Komisję Egzaminacyjną pod numerem: CKE/2/2021,

w każdym przypadku Odwołujący wnosił o:

5) zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w postępowaniu.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym pod numerem postępowania: CKE/2/2021 w trybie przetargu nieograniczonego przez Centralną Komisję Egzaminacyjną było „Utrzymanie w ruchu i rozwój systemu informatycznego SIOEPKZ w tym prace programistyczne oraz usługi im towarzyszące", dalej jako: „Postępowanie".

Na ogłoszenie Zamawiającego oferty złożyły następujące podmioty:

1) Odwołujący, tj. Invent On sp. z o.o.,

2) DXC Technology Polska Sp. z o.o.,

3) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się) Comarch

S.A. i PKP Informatyka Sp. z o.o.

Zamawiający ustalił, że ocena ofert zostanie przeprowadzona w oparciu o kryterium (Rozdz. XVIII SWZ):

1) Kryterium cena - waga 60% (60 pkt)

2) Kryterium kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia - waga 26% (26 pkt)

a) Kompetencje kierownika projektu - waga 8% (8 pkt)

b) Kompetencje architekta oprogramowania - waga 6% (6 pkt)

c) Doświadczenie analityków biznesowych - waga 12% (12 pkt)

3) Kryterium społeczne - waga 2% (2 pkt)

4) Kryterium - zgodność z normą PN-EN ISO 9001:2015 Systemy zarządzania jakością - Wymagania bądź certyfikat równoważny - waga 4% (4 pkt)

5) Kryterium - zgodność z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika Informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania bądź certyfikat równoważny - waga 4% (4 pkt)

6) Kryterium: zgodność z normą PN-ISO/EIC 20000-1:2014-01 Technika Informatyczna - zarządzanie usługami - Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami bądź certyfikat równoważny - waga 4% (4 pkt)

W dniu 27.08.2021 r. Zmawiający opublikował Informację z otwarcia ofert, zgodnie

z którą:

1) DXC Technology Polska Sp. z o.o. zaproponował cenę:

a) zamówienie podstawowe: 8.202.345 zł brutto, a z prawem opcji: 15.033.258 zł brutto

b) przy stawce za 1 roboczogodzinę w przypadku rozwoju systemu: 106,51 zł brutto

2) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się: Comarch S.A. i PKP Informatyka Sp. z o.o. zaproponował cenę:

a) zamówienie podstawowe 10.290.111,09 zł brutto, a z prawem opcji: 19.301.000 zł brutto

b) przy stawce za 1 roboczogodzinę w przypadku rozwoju systemu: 150,68 zł brutto

3) Invent On sp. z o.o. zaproponował cenę:

a) zamówienie podstawowe 10.682.550 zł brutto, a z prawem opcji: 20.756.250 zł brutto

b) przy stawce za 1 roboczogodzinę w przypadku rozwoju systemu: 158,67 zł brutto

Jednocześnie tego samego dnia Zamawiający opublikował Informacja o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 27.08.2021 roku, wskazując kwotę 12.000.000 zł (słownie: dwanaście milionów złotych).

W dniu 24.09.2021 r. Zamawiający opublikował Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, które zostało również przesłane do Odwołującego w tym samym dniu drogą mailową, zgodnie z którym jako najkorzystniejsza oferta została wybrana oferta DXC Technology Polska Sp. z o.o., która uzyskała 96 pkt, następna w kolejności została oceniona oferta Comarch Polska S.A. uzyskując 81,59 pkt, a oferta Invent On sp. z o.o. uzyskała 79,45 pkt.

W ocenie Odwołującego oferta złożona przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. winna zostać odrzucona, tymczasem została błędna wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza. Poniżej zostaną przedstawione najistotniejsze zastrzeżenia odnośnie czynności podejmowanych przez Zamawiającego, wskazujące na zasadność wniesienia i uwzględnienia w całości niniejszego odwołania.

(1) Rażąco niska cena

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają co prawda definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny", ale w doktrynie i orzecznictwie zostało już utrwalone stanowisko, zgodnie z którym „rażąco niską ceną" określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną, która w znaczny sposób odbiega od warunków rynkowych. Cena taka nie pozwala na realizację zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Wskazuje to na możliwość realizacji zamówienia poniżej koszów wytworzenia usługi/dostawy, a przez to nierzetelnie, niedokładnie lub nieuczciwie. Powody wskazania w ofercie „rażąco niskiej ceny" mogą być rożne, np. niedokładna, nierzetelna kalkulacja kosztów przez wykonawcę, lub jego świadome działanie w celu uzyskania zamówienia „nawet po kosztach". Jako przykład orzeczeń, które definiują pojęcie „rażąco niskiej ceny" należy wskazać:

- „wyrok KIO z 03.01.2020 r., sygn. akt: KIO 2588/19,
- wyrok KIO z 26.03.2019 r., sygn. akt: KIO 431/19,
- tak wyrok SO w Katowicach z 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08
- - tak wyrok KIO z 04.08.2011 r., sygn. akt KIO 1562/11, jak również wyrok KIO z dnia 26.03.2019 r., sygn. akt: KIO 431/19.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający prawidłowo uznał, że cena

wskazana w ofercie DXC Technology Polska sp. z o.o. budzi uzasadnione wątpliwości czy nie spełnia przesłanek do uznania jej za cenę rażąco niską. Zgodnie z fragmentem Protokołu Komisji Przetargowej sporządzonym w dniu 9.09.2021 r: „(...) Weryfikacja w zakresie rażąco niskiej ceny:

Szacunkowa wartość zamówienia = 21 001 874,04 zł netto x 1,23 = 25 832 305,07 brutto (bez waloryzacji). 70% wartości zamówienia = 18 082 613,55 zł brutto
Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert brutto = 18 524 267,34 zł brutto. 70% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert = 12 966 987,14 zł brutto

Zatem ofertą, która ma cenę całkowicie niższą o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (jest niższa od podkreślonych powyżej kwot) - jest oferta DXC Technology Polska sp. z o.o. (cena 15 033 258,00 zł brutto) (...)"

Z przekazanych przez Zamawiającego na wniosek Odwołującego dokumentów wynika, że Wezwaniem z 31.08.2021 r. DXC Technology Polska sp. z o.o. zostało wezwane przez Zamawiającego do wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąca. Wyjaśniania przedstawione przez DXC Technology Polska sp. z o.o. w piśmie z 10.092021 r. były niewystarczające, zawierały rozbieżności i błędne informacje, wobec czego Zamawiający pismem z 13.09.2021 r. wezwał DXC Technology Polska sp. z o.o. do przedstawienia dalszych wyjaśnień co do nieprawdziwości informacji i oświadczeń zawartych we wcześniejszym piśmie.

Z pisma DXC Technology Polska sp. z o.o. z 15.09.2021 r., udostępnionego przez Zamawiającego w zakresie niezawierającym tajemnicy przedsiębiorstwa, wniesionego w odpowiedzi na wezwanie z 13.09.2021 r. wynika m.in., że DXC Technology Polska sp. z o.o. zostało wezwane do:

- wyjaśnienia licznych błędów i rozbieżności w przedstawionych danych/informacjach, które pojawiły się w wyjaśnieniach z dnia 10 września 2021 roku,

- przedstawienia metodologii wyliczenia wynagrodzenia, w tym kosztów pracodawcy dla każdej ze wskazanej roli w procesie a także średniej stawek za roboczogodzinę dla każdej

ww. roli,

- wskazania czy koszt polisy OC został uwzględniony przez wykonawcę w zaoferowanej

cenie.

Powyższe wielokrotne wyjaśnianie przez DXC Technology Polska sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego wskazanej ceny pod kątem uznania jej jako rażącą, które to wyjaśnienia zawierały błędy i rozbieżności, budzi uzasadnioną wątpliwość, czy dalsze wyjaśnienia sporządzone przez DXC Technology Polska sp. z o.o., przedstawione z 15.09.2021 r. dalsze twierdzenia i ewentualne dowody powołane na ich potwierdzenie, faktyczne zawierają rzetelne informacje i wyliczenia skalkulowania ceny jako „nierażącej".

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, iż wyjaśnienia wykonawcy w zakresie „rażąco niskiej ceny" muszą być konkretne, szczegółowe i rzeczowe, a także muszą opierać się na wyliczeniach, które pokażą, co spowodowało zaproponowanie takiej a nie innej ceny i co wpływa na to, że jest ona zdecydowanie niższa, niż oferta konkurencji lub przewidziana kwota przez zamawiającego. Wykonawca powinien szczegółowo opisać i wyjaśnić w jaki sposób kalkulował cenę oraz koszt i co wpłynęło na jej wysokość, a także przedstawić konkretne dowody na potwierdzenie tych wyliczeń. Przywołał wyrok KIO z 25.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1561/14, 1577/14.

W ocenie Odwołującego, DXC Technology Polska sp. z o.o. nie obronił się przed zarzutem wskazania w ofercie rażąco niskiej ceny. Bowiem cena wskazana w ofercie przez DXC Technology Polska sp. z o.o. jest ceną nierealną, nierynkowa, nie gwarantuje i nie zapewnia wykonanie zamówienia na najwyższym możliwym poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego, jak również nie może gwarantować osiągnięcia jakiegokolwiek zysku.

Zamówienie dotyczyło usług specjalistycznych, które muszą być wykonane przez specjalistów, których stawki rynkowe są wysokie, i mają tendencję do szybkiego wzrostu. Średnie stawki rynkowe zespołu specjalistów niezbędnego do realizacji usług objętych zamówieniem kształtują się na zdecydowanie wyższym poziomie (zł brutto/godz.), niż sama wskazana stawka przez DXC Technology Polska sp. z o.o. Tymczasem sama roboczogodzina wskazana przez DXC Technology Polska sp. z o.o. (106,51 zł brutto) jest rażąco niska, zarówno w porównaniu do ofert pozostałych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu przetargowym (Comarch Polska S.A. -150,68 zł brutto oraz Invent On sp. z o.o. - 158,67 zł brutto), jak również w odniesieniu do kwoty wskazanej przez

Zamawiającego, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wymaga również podkreślenia, że Odwołujący ma doświadczenie w realizacji usług tożsamych do przedmiotu zamówienia, gdyż jako podwykonawca DXC Technology Polska sp. z o.o. realizuje usługi na rzecz Centralnej Komisji Egzaminacyjnej w ramach zawartej przez DXC Technology Polska sp. z o.o. z Centralną Komisją Egzaminacyjną w 2017 roku umowy.

Odwołujący posiada wiedzę o systemie będącym przedmiotem zamówienia na poziomie analogicznym jak DXC Technology Polska sp. z o.o., zatem przy kalkulacji ceny wskazanej w ofercie Odwołujący nie musiał uwzględniać kosztów zapoznania się z systemem i jego dokumentacją, tzw. „kosztów wejścia". Odwołujący posiadając odpowiednie doświadczenie, w sposób rzetelny i rynkowy skalkulował cenę przedstawionej przez siebie oferty, uwzględniając w szczególności ryzyko oraz koszty, jednocześnie kalkulując odpowiedni zakładany zysk.

Podstawowymi, obiektywnymi elementami, które wykonawca winien wziąć pod uwagę przy skalkulowaniu ceny zaoferowanej zamawiającemu w ofercie, winny być w szczególności:

1) rzeczywiste, rynkowe koszty pracodawcy zatrudnienia pracowników, tzw. „brutto brutto" pracodawcy,

2) budżet urlopów/zwolnień lekarskich/szkoleń,

3) świadczenie usług w okresie gwarancji i rękojmi,

4) szacowany koszt help desku,

5) przewidziane w umowie kary umowne,

1) zakładany zysk,

2) ryzyko,

3) polisa OC,

4) „General Expenses".

Koszt pracodawcy zatrudnienia pracowników na określonych stanowiskach wymaganych SWZ, musi być wyliczony w oparciu o całkowity koszt pracodawcy, tzw. koszt „brutto brutto" pracodawcy, a nadto musi uwzględniać rzeczywiste, rynkowe stawki zatrudnienia pracowników z branży IT. Poniższe stawki umieszczone w tabeli wynikają ze znajdującego się w posiadaniu Odwołującego raportu płacowego dla branży IT, którego wyniki były filtrowane przez poziomy stanowisk (tak, by były adekwatne do opisu stanowisk z SWZ), jednakże z przyczyn licencyjnych Odwołujący nie może udostępnić raportu ani jego części na tym etapie przedmiotowego postępowania.

Stanowisko	Zakres zadań	średnie rynkowe wynagrodzenie miesięczne brutto	koszt miesięcznego zatrudnienia pracownika dla pracodawcy ("brutto brutto")
Architekt	Opracowanie architektury	18.000 zł	21.686 zł
Deweloperzy	Implementacja w kodzie, aktualizacja dokumentacji	12.000 zł	14.458 zł
Testerzy	Opracowanie testów, wykonanie testów, dokumentacja błędów, aktualizacja dokumentacji	7.367 zł	8.877 zł
Analitycy biznesowi	Nadzór w trakcie implementacji	14.249 zł	17.167 zł

Administracja środowiskiem	Przygotowanie środowisk testowych i danych	18.000 zł	21.686 zł
Specjalista ds. dostępności / UX	Opracowanie wytycznych dla deweloperów i weryfikacja zmian	10.000 zł	12.048 zł
PM	koordynacja prac i kontakty z klientem	18.324 zł	22.077 zł

Dodatkowo jak wynika z raportu portalu rekrutacyjnego Just Join IT, który został umieszczony na stronie:https://itwiz.pl/w-i-polroczu-2021-roku-wynagrodzenia-programistow- podczas gdy średnio stawki wynagrodzeń wzrosły o 10%, sektor IT podwoił ten wynik - wykwalifikowani programiści mogli liczyć nawet na 20% podwyżki. /W tym miejscu odwołania zawarł stosowny raport/.

W ocenie Odwołującego, DXC Technology Polska sp. z o.o. kalkulując zaoferowaną przez siebie cenę w ramach przetargu, nie uwzględnił aktualnych, rynkowych wynagrodzeń pracowników z branży IT na stanowiskach objętych SWZ.

Dodatkowo cena ofertowa w przetargu winna również uwzględniać budżet urlopów/zwolnień lekarskich/szkoleń. Przy czym przy ustalaniu budżetu urlopów/zwolnień lek./szkoleń, należy mieć chociażby na uwadze, że w roku mamy średnio 249 dni robocze, przy uwzględnieniu 26 dni urlopu, 10% kosztu dla pracodawcy (26/249 x 100%) stanowią same urlopy, które to koszty pracodawca winien uwzględnić w kalkulacji ceny. Dodatkowo należy uwzględnić koszty nieobecności w pracy pracownika chociażby z powodu zwolnień lekarskich i szkoleń różnego rodzaju (wewnętrznych, zewnętrznych czy certyfikujących).

Nieodłącznym elementem kalkulacji ceny jest szacowany przez wykonawcę koszt help desku i świadczenia usług w okresie gwarancji i rękojmi, przy czym kwoty te mogą być szacowane jedynie w oparciu o model obliczeń takich kosztów. W cenie należy też uwzględnić wszelkiego rodzaju ryzyko, jakie może pojawić się w toku realizacji projektu, w tym koszt przewidzianych w umowie z Zamawiającym kar umownych, polisę OC wymaganą w postępowaniu oraz stałe i zmienne elementy „General Expenses" (do których należą m.in. koszty utrzymania biura, zarządu, overheadów, licencji i innych funkcji korporacyjnych) danego wykonawcy, no i oczywiście zakładaną przez wykonawcę marżę, przy uwzględnieniu wszystkich powyższych kosztów.

W ocenie Odwołującego przyjęcie zdecydowanie niższych stawek wynagrodzeń, niż wskazane powyżej, jak również nieuwzględnienie pewnych elementów, które zostały zasygnalizowane powyżej, a które winy zostać uwzględnione przy kalkulowaniu ceny lub zdecydowane zaniżenie ich wartości, powoduje bezpośrednie zaniżenie ceny przez DXC do poziomu „rażąco niskiej ceny", nie gwarantuje rzetelnego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia, a także nie gwarantujące jakiegokolwiek zysku po stronie takiego wykonawcy.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się

o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 art. 2 pkt 1) Pzp). Zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również gdy zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu - tak art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego Zamawiający winien odrzucić ofertę DXC Technology Polska Sp. z o.o. jako zawierającą rażąco niską cenę.

(2) Weryfikacja informacji zawartych w dokumentach przetargowych pod katem spełniania warunków przetargu

Zamawiający nie zweryfikował informacji zawartych przez wykonawców w dokumentach przetargowych pod kątem spełniania warunków przetargu, zarówno zawartych w treści załącznika nr 4 do SWZ Wykaz osób, jak też w załączniku nr 3 do SWZ Wykaz usług. Jako przykład wątpliwości, które wynikają z braku takiej weryfikacji przez Zamawiającego jest okoliczność, czy osoby wskazane przez wykonawców w załączniku nr 4 do SWZ Wykaz osób, faktycznie będą świadczyły usługi na rzecz Zamawiającego w ramach tego zamówienia a w szczególności w tak rażąco niskich stawkach jak wskazanych przez DXC Technology Polska sp. z o.o., które zostały skalkulowane w ramach roboczogodziny wskazanej przez DXC Technology Polska sp. z o.o. w ofercie na poziomie 106,51 zł.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze zasady ogólnorynkowe nie jest możliwe, aby odpowiednio wykwalifikowane osoby świadczyły pracę czy usługi otrzymując z tego tytułu wynagrodzenie na tyle niskie, że ostatecznie ich roboczogodzina kształtuje się na poziomie tak niskim jak to zostało przedstawione w złożonych ofertach, a przede wszystkim w ofercie DXC, gdzie roboczogodzina została ustalona na kwotę 106,51 zł.

Zdaniem Odwołującego, wykonawcy mogli przedstawić niewiarygodne dokumenty i dane na temat doświadczenia czy wykształcenia osób, którymi zamierzają posługiwać się przy realizacji zamówienia (ze względu na zastrzeżenie tajności wielu istotnych informacji zawartych w załączniku nr 4 do SWZ przedłożonym przez wykonawców Odwołujący nie ma możliwości szczegółowego odniesienia się do tych kwestii).

Wobec powyższego celem umożliwienia Zamawiającemu zweryfikowania kompetencji wskazywanych przez wykonawców, Zamawiający winien zobowiązać wykonawców do przedłożenia wszelkich dokumentów dotyczących kwalifikacji osób, o których mowa wyżej. W szczególności wykonawcy powinni przekazać Zamawiającemu dokumenty, które dawałyby podstawę do potwierdzenia posiadanego przez te osoby doświadczenia i wykształcenia oraz które uzasadniałyby przyjęcie, że osoby te zapewniają gwarancję prawidłowego wykonania umowy, w szczególności w przypadku DXC Technology Polska sp. z o.o., pomimo rażąco niskiej stawki wynagrodzenia, za które osoby te miałyby pracować na rzecz DXC Technology Polska sp. z o.o. (z częściowo odtajnionych dokumentów w żaden sposób nie wynika bowiem, aby tego typu dokumentacja została przedłożona Zamawiającemu do przeanalizowania).

Nie można przy tym pomijać faktu, że DXC Technology Polska sp. z o.o. przedstawiło już Zamawiającym nieprawdziwe informacje. Otóż w jawnej części treści wyjaśnień DXC Technology Polska sp. z o.o. zawartych w piśmie z 15.09.2021 r., DXC Technology Polska sp. z o.o. wspomina o niedopatrzeniach, które - zdaniem DXC Technology Polska sp. z o.o. - nie mają wpływu na metodologię przyjętych kalkulacji. Podobnie w piśmie z dnia 22 września 2021 roku, w części jawnej tego dokumentu, DXC Technology Polska sp. z o.o. odnosi się do rozbieżności w brzmieniu nazwisk oraz co do pełnienia przez wskazaną przez DXC Technology Polska sp. z o.o. osobę funkcji Programisty back- end, w sytuacji gdy DXC Technology Polska sp. z o.o. wskazało, iż osoba ta brała udział w innym projekcie w charakterze Programisty front-end.

Choć Odwołujący - ze względu na tajność większości informacji zawartych we wspomnianych wyżej dokumentach - nie ma możliwości konkretnego odniesienia się do tych kwestii i postawienia szczegółowo sformułowanych zarzutów, to jednak chociażby sam fakt występowania wielokrotnych błędów czy wielokrotnych uchybień ze strony DXC Technology Polska sp. z o.o. w odniesieniu do prezentacji tych najistotniejszych z punktu widzenia przedmiotowego zamówienia danych (kalkulacja ceny i dane osób, które mają realizować umowę na wykonanie przedmiotu zamówienia) powoduje, iż zaprezentowane dane są wątpliwe, przez co Zamawiający winien był tych okoliczności nie uwzględnić.

Zgodnie bowiem z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (pkt 8)), jak również który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 10)).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, w ocenie

Odwołującego oferta DXC Technology Polska Sp. z o.o. winna zostać odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na niespełnianie warunków postępowania przetargowego prowadzonego przez Centralną Komisję Egzaminacyjną pod numerem: CKE/2/2021.

(3) Certyfikat równoważny

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Odwołującego poprzez przyznanie Odwołującemu zaniżonej liczby punków, zamiast 83,45 pkt przyznanie 79,45 pkt, poprzez błędne nieuwzględnienie 4 pkt za posiadanie Certyfikatu zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania - lub równoważnego. Choć Zamawiający wskazał, że dał możliwość wskazania certyfikatu zgodności z normą równoważną do wymaganej i że w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, iż norma z certyfikatu Zamawiającego jest równoważna z normą wymaganą przez Zamawiającego, to należy jednoznacznie stwierdzić, że to twierdzenie Zamawiającego jest nieuzasadnione. W powyższym zakresie Odwołujący podnosi, że Zamawiający nieprawidłowo przyznał Odwołującemu ,,0" punktów w zakresie kryterium oceny ofert odnoszącym się do certyfikatu zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017, gdyż Odwołujący dla uzyskania punktów w tym kryterium załączył certyfikat zgodności z normą ISO 27001:2013, która to norma jest równoważna z normą PN-EN ISO 27001:2017. Okoliczność równoważności przedmiotowych norm wynika z powszechnie dostępnych dokumentów wydanych przez właściwe instytucje, do których to dokumentów Zamawiający - podobnie jak każdy inny podmiot - ma swobodny dostęp. W takiej sytuacji brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla przyjęcia, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że normy te są równoważne. Na stronie Polskiego Komitetu Normalizacyjnego (adres:
2017-06e.html), w opisie do dokumentu Polskiej
Normy zawarto informację, że norma PN-EN ISO 2700:2017 wprowadza EN ISO/IEC 27001:2017 [IDT], ISO/IEC 27001:2013/Cor 2:2015 [IDT], ISO/IEC 27001:2013/Cor 1:2014 [IDT], ISO/IEC 27001:2013 [IDT].

Tytuł normy PN-EN ISO oznacza, iż jest to Polska Norma wprowadzająca normę międzynarodową, uznaną przez CEN tj. Europejski Komitet Normalizacyjny za normę europejską lub opracowaną jednocześnie przez ISO i CEN.

Zgodnie, zaś zgodnie z pkt 6.2 Instrukcji R2-I1 (Numeracja Polskiej Normy i Polskiego Dokumentu Normalizacyjnego, oznaczenie identyfikujące i stopień zgodności) sporządzonej

przez Polski Komitet Normalizacyjny (Instrukcja jest dokumentem powszechnie dostępnym na stronie internetowej PKN -), podobnie jak Procedura -

Opracowanie Polskiej Normy i Polskiego Dokumentu Normalizacyjnego mieszcząca się pod adresem), oznaczenie identyfikujące normę obejmuje:

- numer referencyjny normy wprowadzonej;
- przecinek;
- symbol stopnia zgodności PN z wprowadzoną normą

• IDT - gdy PN jest identyczna,

• MOD - gdy PN jest zmodyfikowana.

Posiadany przez Odwołującego certyfikat ISO/IEC 27001:2013, jest wymieniony jako wprowadzony w tej normie z oznaczeniem IDT tj. identyczny, a co oznacza, że norma certyfikatu Odwołującego (ISO/IEC 27001:2013) jest identyczna z wymaganą przez Zamawiającego normą PN-EN ISO 27001:2017. Wskazał, że w dniu 31.03.2017 norma ISO/IEC 27001:2013 została zaktualizowana do wersji EN ISO/IEC 27001:2017, a więc dokonana zmiana dotyczy tylko dodania statusu EN. Status EN odzwierciedla zaś status normy, jako normy europejskiej, a rok został zaktualizowany zgodnie z datą publikacji dokumentu. Normami europejskimi są zaś dokumenty, które zostały ratyfikowane przez jedną z trzech europejskich organizacji normalizacyjnych (ESO): (1) Europejski Komitet Normalizacyjny (CEN); (2) Europejski Komitet Normalizacji Elektrotechniki (CENELEC); (3) Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych (ETSI). Te trzy organy uznane są za kompetentne w zakresie dobrowolnej normalizacji technicznej. Status EN oznacza, że każde z 34 państw członkowskich CEN-CENELEC musi przyjąć standard na poziomie krajowym i wycofać wcześniejsze standardy (normy). Dlatego każda nowa europejska norma automatycznie staje się normą krajową w każdym kraju członkowskim CEN- CENELEC. Zmiany do normy EN ISO/IEC 27001 były wprowadzone i zatwierdzone przez komitety europejskie CEN (Europejski Komitet Normalizacyjny) i Cenelec (Europejski Komitet Normalizacyjny Elektrotechniki). Zatem nowa norma ISO/IEC 27001:2017 nie zmieniła się

pod kątem treści w odniesieniu do normy ISO/IEC 27001:2013.

Powyższe potwierdza również informacja zawarta w Komunikacie Polskiego Centrum Akredytacji nr 240 z dnia 9.11.2017 r. w sprawie zmian wynikających z opublikowania normy PN-EN ISO/IEC 27001:2017-06 (treść Komunikatu jest dostępna na stronie internetowej PCA) zgodnie z którą opublikowana norma PN-EN ISO/IEC 27001:2017-06 nie wprowadza nowych wymagań. Ponadto w Komunikacie stwierdza się, że aktualizacja normy wynika z wprowadzenia wcześniej wydanych korekt do normy ISO/IEC 27001:2013: Cor 1:2014 do aneksu A punkt 8.1.1 oraz Cor 2:2015 do punktu 6.1.3. Taka sama informacja została również zawarta bezpośrednio na stronie internetowej Polskiego Centrum Akredytacji pod adresem:https://www.pcbc.aov.pl/pl/usluai/certyfikacja-systemow-zarzadzania/pn-iso-iec-27001.

Podkreślił również fakt, że certyfikat którym legitymuje się Odwołujący zawiera deklarację stosowania od 01.10.2020 r., a także potwierdzenie, że jest ważny od 30 października 2020 roku do 29 października 2023 roku. Okoliczność, że przedmiotowy certyfikat został wystawiony w 2020 roku, czyli po wydaniu korekt do normy ISO/IEC 27001:2013 i po opublikowaniu normy PN-EN ISO/IEC 27001:2017, również potwierdza fakt, że norma ISO/IEC 27001:2013 musi być równoważna z normą PN-EN ISO/IEC 27001:2017. Ze względu na to, że ww. dane świadczące o tym, iż norma ISO 27001:2013, którą spełnia Odwołujący jest równoważna z normą PN-EN ISO 27001:2017 są powszechnie dostępne i umieszczone na stronach internetowych właściwych instytucji, uznać należy, że Odwołujący nie był obowiązany do wykazywania tej okoliczności przed Zamawiającym, gdyż Zamawiający winien o powyższej okoliczności wiedzieć, a lub mógł z łatwością, samodzielnie uzyskać w tym zakresie stosowne informacje. Twierdzenie to jest tym bardziej uzasadnione, że Zamawiający jako podmiot, który zorganizował przetarg i który nałożył wymaganie co do normy PN-EN ISO 27001:2017, niewątpliwie powinien posiadać wiedzę na temat okoliczności jej publikacji.

W dodatku podmiot, który wystawił Odwołującemu certyfikat, w pkt 6 pisma z 04.10.2021 r., wprost potwierdził, iż pod względem praktycznym i wymagań certyfikacyjnych, normy ISO/IEC 27001:2013 i ISO/IEC 27001:2017 są identyczne i równoważne - dokument ten niniejszym przedkładam w załączeniu. Jednocześnie w piśmie tym jednostka certyfikująca wyjaśniła również z czego wynikają rozbieżności w zakresie przyjmowania, że norma PN-EN ISO 27001:2017 nie jest równoważna normie ISO 27001:2013 (tak jak uczynił to Zamawiający w niniejszym postępowaniu).

Jeśli zatem Zamawiający, mimo faktycznej równoważności normy ISO 27001:2013 z normą PN-EN ISO 27001:2017, miał jakiekolwiek wątpliwości co do tej okoliczności, to w tej sytuacji powinien był podjąć stosowne działania zmierzające do właściwego ustalenia przedmiotowych kwestii. Zgodnie bowiem z art. 223 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Zatem w przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego co do równoważności certyfikatu przedłożonego przez Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do przedłożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie, czego to jednak w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał.

Ponadto zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu (tak ust. 4 art. 128 Pzp). Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów (tak ust. 5 art. 128 Pzp). Wobec powyższego, Zamawiający posiadając wątpliwości odnośnie certyfikatu przedłożonego przez Zamawiającego mógł ew. dokonać także i opisanych wyżej czynności weryfikacyjnych. Skoro jednak Zamawiający tego nie uczynił, to w efekcie powinien uwzględnić certyfikat przedłożony przez Odwołującego jako równoważny do żądanego przez Zamawiającego, a tym samym przyznać Odwołującemu dodatkowe 4 pkt, co w sumie daje 83,45 pkt w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Zamawiający w dniu 05.10.2021 r. wezwał (drogą elektroniczną) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.10.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Comarch zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Konsorcjum Comarch.

W dniu 07.10.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) DXC Technology Polska Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: DXC Technology Polska Sp. z o.o.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2935/21, sygn. akt: KIO 2946/21:

W dniu 26.10.2021 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, dwie oddzielne odpowiedzi na odwołanie, w których wnosił o oddalenie zarzutów w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Odpowiedź w sprawie o sygn. akt: KIO 2935/21:

Brak legitymacji czynnej do wniesienia odwołania

W pierwszej kolejności Zamawiający podnosił, że Odwołujący Comarch nie posiada legitymacji czynnej do wniesienia odwołania. Nie zostały bowiem spełnione przez ww. Odwołującego przesłanki wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący w treści Odwołania zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie zasad jawności postępowania i równego traktowania wykonawców wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa - Zarzut I;

2) przyznanie Odwołującemu zbyt małej liczby punktów, co stanowiło w ocenie Odwołującego nieprawidłową ocenę ofert w kryteriach oceny ofert określonych w SWZ - Zarzut II.

Konsekwencją wniesienia powyższych zarzutów powinno być podniesienie przez Odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty DXC na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z uwagi na rażąco niską cenę, tak aby Odwołujący, będąc na drugim miejscu, mógł wykazać interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzut ten powinien być podniesiony przez Odwołującego chociażby jako zarzut ewentualny albowiem skutkiem zaniechania podniesienia takiego zarzutu - przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, jest utrata możliwości jego podniesienia w przyszłości. Z niezrozumiałych przyczyn Odwołujący nie zaskarżył zaniechania odrzucenia oferty DXC. Z uwagi na fakt, że Odwołujący nie żądał odrzucenia oferty najkorzystniejszej, uwzględnienie nawet wszystkich postawionych zarzutów odwołania nie powoduje, że jego oferta zostanie najwyżej oceniona, tj. znajdzie się na pierwszym miejscu. Nadal będzie druga w kolejności. Odwołujący nie ma w takim wypadku możliwości uzyskania zamówienia, a zatem nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia. Z uwagi na powyższe, odwołanie powinno zostać oddalone. Dodatkowo zaznaczył, że Zarzut II podniesiony przez Odwołującego jest zarzutem spóźnionym, albowiem dotyczy de facto treści SWZ, a nie czynności Zamawiającego dokonywanych na etapie oceny i badania ofert. Szczegółową argumentację w tym zakresie Zamawiający podaje w dalszej części odpowiedzi na odwołanie - na str. 13-16. Gdyby Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, uznając, po pierwsze, że Comarch wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i dodatkowo oceniła, że Zarzut II nie dotyczy treści SWZ (czyli nie jest spóźniony), oferta Comarch również nie zostałaby najwyżej oceniona, gdyż Zamawiający - w przypadku uwzględnienia odwołania w tym zakresie - byłby zobowiązany dodać do dotychczas dokonanej oceny ofert w kryteriach po 4 pkt wszystkim trzem Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, ponieważ każdy z Wykonawców biorących udział w postępowaniu był w analogicznej sytuacji, tj. nie otrzymał 4 pkt z uwagi na to, że nie wykazał równoważności normy, na którą się powoływał, z normą wskazaną przez Zamawiającego. Tym samym kolejność Wykonawców w rankingu ofert nie uległaby zmianie. Z uwagi na powyższe, zarzut Odwołującego w zakresie nieprawidłowej oceny ofert jest bezzasadny i podlega oddaleniu.

Podsumowując, skutkiem zaniechania postawienia Zamawiającemu przez Comarch w treści odwołania zarzutów związanych z naruszeniem art. 224 ust 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp (konieczność odrzucenia oferty DXC z uwagi na rażąco niską cenę) oraz spóźnienie albo bezzasadność Zarzutu II jest w ocenie Zamawiającego niewykazaniem przez Odwołującego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Jednocześnie z uwagi na ww. zaniechanie nie sposób dowieść, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę przez naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, gdyż sam poprzez brak właściwego zabezpieczenia swoich praw pozbawił się skutecznej możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym ewentualna szkoda Odwołującego w braku uzyskania zamówienia wynika z zaniechania Odwołującego, a nie naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. W chwili obecnej więc Odwołującemu nie przysługuje legitymacja czynna do wniesienia odwołania, co w konsekwencji powoduje, że odwołanie winno zostać w całości oddalone. Jednocześnie hipotetyczny interes w uzyskaniu zamówienia odnoszący się do zamówienia, o które może ubiegać się w przyszłości, nie stanowi podstawy do uzyskania legitymacji do wniesienia odwołania.

Argumentacja Zamawiającego w zakresie merytorycznej oceny zarzutów

Dotyczy Zarzutu I naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 w związku z art. 16 ust. 1 i 2 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu w całości zastrzeżonych przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 24.09.2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o dokonaniu oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty DXC. Wobec powyższego Odwołujący w dniu 24.09.2021 r. powziął informację, że ww. ceny oferty DXC nie zostały przez Zamawiającego uznane jako rażąco niskie w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W treści odwołania Odwołujący na str. 5 odniósł się do zaoferowanych cen:

„Ponadto zwraca uwagę, że łączna cena oferty DXC wynosi 15 033 258,00 zł, zaś łączna cena oferty pozostałych wykonawców, tj. Konsorcjum Comarch i Invent On to odpowiednio 19 783 294,02 zł i 20 756 250,00 zł. Cena oferty wybranej DXC jest niższa o 42 % od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia (plus VAT)- która wynosi (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym w wezwaniu DXC do złożenia wyjaśnień PNC z dnia 31.08.2021) 25 832 305,07zł brutto.

Zapoznanie się ze szczegółową kalkulacją ceny wskazuje również, iż zachodzi istotne odstępstwo ceny jednej ze składowych zamówienia oferowanej przez DXC od cen konkurentów. Chodzi o cenę jednostkową usług rozwoju systemu, wycenianą w roboczogodzinach. Otóż oferowana przez DXC cena 1 roboczogodziny wynosi zaledwie 106,51 zł., podczas gdy cena za tę usługę oferowana przez pozostałych wykonawców jest zbieżna, wynosi dla Konsorcjum Comarch 150,68 zł za 1 roboczogodzinę, a cena oferowana przez Invent On wynosi 158,67 zł. za 1 roboczogodzinę. Szczegółowa kalkulacja złożonych cen ofert".

Podkreślił, że Odwołujący jest jednym z liderów branży IT w zakresie usług związanych z budową, rozbudową i utrzymaniem systemów informatycznych i od lat konkuruje na tym rynku o zamówienia i o dominującą pozycję m.in. z DXC.

Zastanawiające jest:

1) dlaczego, skoro Odwołujący zauważył odstępstwo cen zaoferowanych przez DXC od cen konkurentów, nie zdecydował się na postawienie w treści odwołania zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty DXC z uwagi na rażąco niską cenę oferty lub któregoś z jej elementów składowych, a poprzestał jedynie na wskazaniu jego zdaniem naruszeń ustawy Pzp w zakresie uznania części dokumentów DXC dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa?

2) dlaczego Odwołujący nie kwestionuje zaniechania odtajnienia np. dokumentów podmiotowych DXC, które również zostały w części uznane przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa?

W ocenie Zamawiającego takiego działania Odwołującego nie można wytłumaczyć niczym innym niż chęcią pozyskania informacji o konkurencie, w celu uzyskania wiedzy dot. stosowanej przez DXC metodyki (informacje organizacyjne DXC) przy wycenie poszczególnych usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, a następnie jej wykorzystania do budowania przewagi na rynku IT.

Gdyby w wyniku takiego działania doszło do pozyskania ww. informacji to zdaniem Zamawiającego działanie takie mogłoby wypełnić znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 11 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 z późn zm.).

W związku z powyższym istnieje obawa, że odtajnienie przez Zamawiającego reszty zastrzeżonych przez DXC informacji stanowiłoby przyzwolenie na działania nielegalne, tj. dokonane z naruszeniem przepisów prawa.

Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny, czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie jest bezpodstawne, Zamawiający ma obowiązek odtajnić informacje i udostępnić jako jawne, informując o tym wykonawcę. Jednak Zamawiający nie ma obowiązku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko z tego względu, żeby konkurujący wykonawca mógł je wykorzystać do budowania własnej przewagi rynkowej. Odwołujący wskazuje, że DXC nie zastrzegła skutecznie tajemnicy

przedsiębiorstwa, ponieważ nie wykazała/nie udowodniła, że zastrzeżone informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą, podnosząc, że DXC nie udowodniło ww. przesłanki w odniesieniu do każdej zastrzeżonej informacji odrębnie:

(DXC) „nie udowodnił wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w żaden sposób i w żadnym zakresie. Co więcej - nawet ich nie wyjaśnił, ani nie opisał. DXC nie udowodniło w ogóle zatem wartości gospodarczej informacji objętych tajemnicą - ani jako całości danych (jako całości), czy też całych dokumentów (...)" oraz, że „Wartości te należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada." Nie sposób zgodzić się z ww.

tezą Odwołującego z następujących powodów. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się posiadające wartość gospodarczą informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne (...)

Dane podlegające ochronie muszą zatem mieć przynajmniej minimalną wartość gospodarczą, przy czym wartość gospodarcza może przejawiać się w tym, że wykorzystanie

tych danych zminimalizuje koszty lub spowoduje wzrost zysków podmiotu, który takie dane wykorzysta. Wartością gospodarczą są informacje w zakresie wysokości wynagrodzeń u konkurencyjnego podmiotu, imiona i nazwiska osób zatrudnionych do poszczególnych prac

oraz ich kwalifikacje, zakładane przez konkurenta marże i zyski, sposób kalkulacji oferty oraz zaangażowanie poszczególnych specjalistów w realizację zamówienia w tym metodologia wykonania zamówienia. Dane te bowiem może podmiot wykorzystać np. do podkupienia

pracowników, szacowania możliwości finansowych, technicznych organizacyjnych konkurenta. Takie rozumienie wartości gospodarczej potwierdza ugruntowane orzecznictwo, m.in. wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 czerwca 2017 r. Sven. AktII SA/Wa 118/17 oraz wyrok WSA w Warszawie Sygn. akt. VI SA/Wa 1347/20.

Dane przyjęte przez DXC do kalkulacji cen nie są powszechnie dostępne konkurencji. Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze podane przez Wykonawcę (w wyjaśnieniach na żądanie Zamawiającego w celu wykazania, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską), w ocenie Zamawiającego, należy zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa i uznać za objęte ochroną przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Ww. jest poparte stanowiskiem SO w Katowicach

- wyrok z dnia 8 maja 2007 r. Sygn. Akt XIX Ga 167/07, które przytoczył.

Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę

przedsiębiorstwa, stanowią know-how przedsiębiorstwa jako posiadające wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty DXC jako najkorzystniejszej.

Ujawnienie tych informacji, na gruncie przedmiotowego postępowania, może wywołać negatywne dla Wykonawcy konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących rozwiązania oferowanego przez DXC. Może to być rozwiązanie jednorazowe, które powstało na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, natomiast jednorazowość informacji złożonych w ramach wyjaśnień nie dyskwalifikuje wartości gospodarczej tych informacji, a jedynie świadczy o zdolności wykonawcy i umiejętności dostosowania się do warunków danego zamówienia. Szczegółowa kalkulacja poszczególnych cen jednostkowych stanowi niewątpliwie informację, którą można odkodować za pomocą specjalistycznej wiedzy i w ten sposób pozyskać istotne informacje dotyczące danego przedsiębiorstwa, prowadzące do osłabienia jego pozycji na rynku.

Zamawiający w toku oceny oferty DXC szczegółowo oceniał zakres zastrzeżonych przez DXC informacji i dokumentów pod kątem spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy.

W wyniku ww. oceny i analizy szereg informacji wskazanych przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa zostało przez Zamawiającego odtajnionych, przy czym nie jest prawdziwe stwierdzenie Odwołującego, jakoby „jedyne fragmenty odtajnione sprowadzają się do cytowanych w wyjaśnieniach RNC orzeczeń i dorobku doktryny/judykatury ewentualnie swego rodzaju wstępów, czy wprowadzeń do danego dokumentu”

Potwierdza to następujący stan faktyczny.

DXC na stronie 42/52 pisma z 10.09.2021 r. - część wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odtajniona przez Zamawiającego, stwierdza, że:

„DXC wskazuje, że informacje zawarte w kalkulacjach i wyjaśnieniach do nich mają

dla Spółki przede wszystkim charakter organizacyjny, techniczny i technologiczny oraz posiadają konkretną wartość gospodarczą.

Na podstawie tych informacji inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o polityce cenowej, potencjale Spółki, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy jak i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez wiele lat funkcjonowania DXC na rynku. Sektor, w którym DXC działa jest wysoce konkurencyjny oraz podlega stałemu i dynamicznemu rozwojowi technologicznemu, co powoduje, że podmioty konkurujące ze sobą na tym rynku muszą realnie dbać o swój potencjał konkurencyjny.

Powzięcie przez konkurentów DXC wiedzy o informacjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa może mieć rzeczywisty i negatywny wpływ na pozycję rynkową Spółki, znacznie ją osłabiając, a tym samym uniemożliwić DXC zdobywanie kontraktów, zarówno w sektorze publicznym jak i niepublicznym. Dla większości firm, w tym dla DXC, sam fakt nawiązania współpracy handlowej stanowi tajemnicę handlową i nie podlega on publicznej wiadomości, nie wspominając o warunkach finansowych takiej współpracy."

Zamawiający zdecydował uznać za skutecznie zastrzeżone dane stanowiące informacje o DXC w zakresie przedsięwziętych środków ochrony zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i metodyki zastosowanej przy wycenie poszczególnych usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

W zakres przedmiotu zamówienia wchodzą usługi programistyczne związane z rozwojem sytemu informatycznego, które w celu ich realizacji wymagają zaangażowania (zatrudnienia) różnych specjalistów z dziedziny IT m.in. programistów, analityków biznesowych, testerów, architektów oprogramowania i rozwiązań chmurowych, specjalistów UX itp. Każda z ww. osób musiała posiadać odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, umiejętności oraz doświadczenie, których posiadanie w zakresie wymaganym w SWZ, DXC wykazała w toku postępowania.

W części odtajnionej przez Zamawiającego na str. 6/23 pisma z 10.09.2021 r. DXC szczegółowo wyjaśnił, że: „sam fakt zatrudnienia czy współpracy w określonym specjalistą z danej branży oraz zakres jego kwalifikacji, zdobytych certyfikatów stanowi tajemnicę handlową i nie podlega publicznemu uzupełnieniu. ”

Dalej DXC wyjaśnia (str. 6/23), na czym polega wartość gospodarcza ww. zastrzeżonych informacji:

„poprzez uzyskanie takich informacji konkurencja DXC uzyskałaby szczegółową wiedzę na temat zakresu i możliwości posiadanego przez spółkę potencjału. Spółka wskazuje, że dla przedsiębiorcy już sam fakt nawiązania współpracy z konkretną osobą jest

w szczególny sposób chroniony. Informacje na temat osób współpracujących z wykonawcą, warunków tej współpracy oraz jej zakresu nie są powszechnie dostępne i ujawniane do wiadomości publicznej.

Gdyby informacje te zostały ujawnione konkurenci działający na tym samym rynku mogliby, np. podejmować próby „podkupienia” osób wskazanych przez DXC, uzyskując jednocześnie bezcenną wiedzę o jej możliwościach i potencjale, lub odpowiednio o ich braku. Powyższe zdecydowanie wpłynęłoby na pozycję Spółki na rynku poprzez znaczne jej osłabienie. Spółka jednocześnie nadmienia, że podejmowanie prób „podkupienia” nie jest

jedynie hipotetycznym ryzykiem, tylko realną sytuacją, z którą spółka miała już w przeszłości do czynienia. (...) Z pewnością utrata takich pracowników byłaby dotkliwa w skutkach dla wykonawcy, oznaczać by to mogło ograniczenie możliwości konkurowania na rynku

w branży iT. Ponadto ujawnienie danych tych osób oraz ich kwalifikacji, a w konsekwencji przejęcie personelu wykonawcy, mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której DXC nie byłoby w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma szanse zawrzeć w postępowaniu. ”.

Ww. stanowisko zostało potwierdzone wyrokami KIO i sądów oraz piśmiennictwem (str. 7-9/23 ww. pisma).

Dla Wykonawców metodyka doboru specjalistów rozpoczęła się w momencie przygotowania oferty i kalkulacji ceny. Każdy Wykonawca musiał bowiem wycenić pracę oraz zaangażowanie specjalistów IT w celu ustalenia ceny oferty, w tym ceny jednostkowej za roboczogodzinę. Szczegóły zaś ustalonej metodyki zostały przedstawione w pismach z 10.09.2021 r. dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny i złożenia dokumentów podmiotowych w tym wykazu osób.

Pomimo że treść pisma z 10.09.2021 r. dot. złożenia dokumentów podmiotowych, w tym wykazu osób, została prawie w całości odtajniona przez Zamawiającego i tam DXC wykazała wartość gospodarczą informacji dotyczących osób zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia, Odwołujący całkowicie pominął ten fakt

Dla Zamawiającego oczywiste jest, że przy ocenie zasadności zastrzeżenia informacji należy brać pod uwagę wszystkie oświadczenia DXC złożone w toku postępowania, a nie wybiorczo (jak to sugeruje Odwołujący) tylko jedno ze złożonych oświadczeń. Tym bardziej, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dotyczyły stawki za roboczogodzinę pracy zespołu programistów i są ściśle związane z częścią wyjaśnień wykonawcy dotyczących uzasadnienia tajemnicy w zakresie dokumentów podmiotowych. Nie można zatem wymagać od Wykonawcy przepisywania tego samego fragmentu kilka razy w uzasadnieniu rażąco niskiej ceny tylko po to, aby sprostać oczekiwaniu uzasadniania istnienia przesłanki wartości gospodarczej dla każdej informacji odrębnie, podobnie jak nie można wymagać od Zamawiającego, aby „udawał”, że nie wie, których informacji dowody i informacje przekazane przez Wykonawcę dotyczą, tylko dlatego, że nie zostały zamieszczone pod określonym fragmentem pisma.

Ww. informacje posiadają wartość gospodarczą zarówno materialną (metodyka zastosowanej przy wycenie poszczególnych usług wchodzących w skład przedmiotu zamówienia), jak i niematerialną (przedsięwzięte środki ochrony zastrzeżonych informacji), co zostało wykazane przez DXC.

Pomimo ww. okoliczności, wbrew faktom, Odwołujący twierdzi, że DXC nie udowodnił wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w żaden sposób i w żadnym zakresie.

Działanie to nie może być interpretowane inaczej niż próba wprowadzenia Krajowej Izby Odwoławczej w błąd.

Jednocześnie DXC wykazało, że ww. informacje posiadają wartość gospodarczą, składając wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny, gdzie DXC opisała szczegółowo m.in. zasady współpracy (wysokość wynagrodzenia specjalistów IT; formę zatrudnienia; sposób wyliczenia roboczogodziny prac programistycznych) osób wskazanych w ww. wykazie.

Wskazać należy przy tym, że podkreślane w uzasadnieniu Odwołującego do Zarzutu I utajnione części złożonych przez DXC Wyjaśnień RNC z dnia 10 września 2021 obejmują:

1) wyjaśnienie wpływu realizacji dotychczasowej umowy z CKE na utrzymanie systemu SIOEPKZ na ceny zaoferowane w ramach obecnego postępowania;

2) kalkulację kosztów realizacji usługi - wynikających z:

a) przyjętej metodyki obliczenia kosztów - wskazanie metodyki kalkulacji cenowych wraz ze wskazaniem dowodów potwierdzających jej wiarygodność.

b) stosowania unikalnego know-how przedsiębiorstwa DXC wraz ze wskazaniem wpływu na zmniejszenie ryzyka oraz oszczędności procesów towarzyszących świadczeniu usługi,

c) stosowanie rozwiązań organizacyjnych optymalizujących koszty.

3) informacje o znaczeniu gospodarczym:

a) założenia dotyczące pozycji uwzględnionych w kalkulacji ceny końcowej oferty,

b) metodyka i stawki przyjęte do ustalenia poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia,

c) zakres szacowanego ryzyka,

d) wskazanie zysku i rezerwy.

Szczegóły dotyczące wymienionych powyżej informacji stanowią niewątpliwie informację o konkretnej wartości gospodarczej (co Odwołujący niesłusznie kwestionuje), które należą do katalogu informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub innych, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji niepochodzącym z wewnątrz organizacji DXC, i wobec których DXC podjął wskazywane przez siebie działania mające na celu utrzymanie tych informacji w poufności (czego Odwołujący nie kwestionuje). Zauważył również, że wyłącznie rozdział „Świadczenie usług rozwoju systemu" spośród wymienionych przez Odwołującego na str. 6 odwołania, jest „całkowicie tajny", a nie jak twierdzi Odwołujący całość wyjaśnień. Odtajnione przez Zamawiającego fragmenty pozostałych rozdziałów są następstwem dogłębnej analizy przeprowadzonej przez Zamawiającego, w celu ustalenia czy wskazywane treści mają cechy informacji, o których mowa w art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i czy Wykonawca wykazał wszystkie ustawowe przesłanki. Zarzut I dot. zaniechania odtajnienia w całości wskazanych dokumentów jest zatem niezasadny.

Odtajnienie choćby jednej informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa prowadziłoby do popełnienia przez Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie Odwołujący nie dopuścił w odwołaniu z 04.10.2021 r. innej możliwości, jak odtajnienie wskazanych przez Odwołującego dokumentów w całości. Wobec powyższego teza postawiona przez Odwołującego, że zastrzeżone dane nie stanowią wartości gospodarczej, albo że DXC nie wykazało, że zastrzeżone dane stanowią wartość gospodarczą, co w konsekwencji powinno skłonić Zamawiającego do odtajnienia dokumentów wskazanych w treści Zarzutu I, jest całkowicie chybiona, zaś Zarzut I wobec powyższego całkowicie

bezzasadny. Zauważył, że Odwołujący oparł argumentację odwołania, cytując fragmenty jednego wyroku KIO 500/21 z 01.04.2021 r. oraz motywów ustnych wyroku Sądu Okręgowego, wydanego w wyniku rozpoznania skargi od powyższego wyroku. Wyroki te z uwagi na to, że istotą sporu była m.in. zasadność odtajnienia informacji przez KIO - nie

były publicznie dostępne. Zamawiający pozyskał dopiero przed samą rozprawą jedynie treść wyroku KIO 500/21. Porównanie uzasadnienia ww. wyroku i treści odwołania wniesionego przez Comarch w niniejszej sprawie prowadzi do wniosku, że Odwołujący, abstrahując od stanu faktycznego niniejszej sprawy, wykorzystał część argumentacji swojego przeciwnika w sprawie KIO 500/21. Podkreślił, że stan faktyczny opisany w ww. wyroku KIO nie jest

adekwatny do stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu. Wyrok w większości dotyczy dokumentów podmiotowych, które w niniejszym podstępowaniu w większości zostały odtajnione przez Zamawiającego, a w części zostały skutecznie zastrzeżone przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa, co nie było kwestionowane przez uczestników postępowania.

Dotyczy Zarzutu II naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 Ustawy PZP - poprzez nieprawidłowa ocenę oferty Odwołującego i przyznanie mu zbyt małej liczby

punktów. W pierwszej kolejności zauważył, że zarzut jest spóźniony, dotyczy bowiem treści SWZ. która w chwili obecnej jest ostateczna, a strony (Zamawiający, Wykonawcy w tym Odwołujący) są nią związane. Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny w rozdziale XIX ust. 1 pkt 6 SWZ określił kiedy przyzna punkty w kryterium zgodności z normą PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01 Technika Informatyczna - zarządzanie usługami - Część 1: Wymaganie dla systemu zarządzania usługami. Zgodnie z treścią rozdziału XIX ust. 1 pkt 6 SWZ

Zamawiający przyzna 4 punkty ofercie Wykonawcy, który złoży wraz z ofertą aktualny na dzień składania ofert certyfikat PN- ISO/IEC 20000-1:2014-01 Technika informatyczna zarządzanie usługami - Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami lub ISO/IEC 20000-1:2018, wydany Wykonawcy przez niezależną jednostkę akredytowaną do wydawania tego typu certyfikatów i dotyczący co najmniej usług informatycznych oraz jednocześnie oświadczy w treści oferty, że deklaruje świadczyć usługi stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie ze wskazaną normą. W pozostałym zakresie Zamawiający dopuścił przedstawienie przez Wykonawców certyfikatów poświadczających zgodność świadczonych usług z normami równoważnymi do norm wymaganych w ww. kryterium pod warunkiem spełnienia

przez normę umieszczona na certyfikacie następujących warunków:

1) norma dotyczy co najmniej usług informatycznych,

2) norma jest wydana przez niezależną jednostkę uprawnioną do certyfikowania podmiotów w zakresie zgodności świadczonych przez Wykonawcę usług z ww. normą,

3) zakres przedmiotowy normy uznawanej za równoważną musi obejmować całość wymagań odpowiedniej normy wymaganej w postępowaniu, co Wykonawca jest zobowiązany udowodnić poprzez odniesienie się do każdego zapisu normy wymaganej w postępowaniu z wykazaniem, że dla każdego wymagania normy wymaganej w postępowaniu istnieje odpowiadający zapis normy przedstawianej jako równoważnej oraz dla każdego stanu faktycznego zgodnego z zapisem normy przedstawianej jako równoważnej można udowodnić istnienie zgodności z zapisem normy wymaganej w postępowaniu. Wykonawcy, nie kwestionując takich zapisów SWZ, zgodzili się na zaproponowane przez Zamawiającego zasady oceny w kryteriach. Każdy z Wykonawców był traktowany tak samo, wszyscy mieli te same szanse i obowiązywały ich te same zasady, w konsekwencji czego, wskutek niewykazania równoważności normy, żaden z nich w kryterium nie otrzymał 4 pkt za:

Punktacja DXC Technology Polska Sp. z o.o. w kryterium:

„5) Certyfikat zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania - tub równoważną.". Zamawiający dał możliwość wskazania certyfikatu zgodności z normą równoważną do wymaganej, jednak zgodnie z zapisem rozdziału XIX SWZ, Wykonawca jest zobowiązany udowodnić poprzez odniesienie się do każdego zapisu normy wymaganej w postępowaniu z wykazaniem, że dla każdego wymagania normy wymaganej w postępowaniu istnieje odpowiadający zapis normy przedstawianej jako równoważnej oraz dla każdego stanu faktycznego zgodnego z zapisem normy przedstawianej jako równoważnej można udowodnić istnienie zgodności z zapisem normy wymaganej w postępowaniu." Komisja przyznała „0" punktów (zamiast 4), gdyż Wykonawca dla uzyskania punktów w tym kryterium załączył certyfikat zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2013 a wymagana była norma PN-EN ISO 27001:2017. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie równoważności normy z certyfikatu oraz normy wymaganej przez Zamawiającego. Ciężar dowodu spoczywał w tej sprawie na Wykonawcy, zatem z braku dowodów w przedmiotowej sprawie i różnicy w wydaniach normy wymaganej i przedstawionej przez Wykonawcę, Komisja nie przyznała punktów w tym kryterium.

Punktacja Comarch w kryterium:

6) Certyfikat zgodności z normą PN-/SO//EC 20000-1:2014-01 Technika informatyczna - zarządzanie usługami - Część 1: Wymagania dla systemu zarządzania usługami łub ISO/IEC20000-1:2018 - tub równoważną. Zamawiający dał możliwość wskazania certyfikatu zgodności z normą równoważną do wymaganej, jednak zgodnie z zapisem rozdziału XIX SWZ, „(...) Wykonawca jest zobowiązany udowodnić poprzez odniesienie się do każdego zapisu normy wymaganej w postępowaniu z wykazaniem, że dla każdego wymagania normy wymaganej w postępowaniu istnieje odpowiadający zapis normy przedstawianej jako równoważnej oraz dla każdego stanu faktycznego zgodnego z zapisem normy przedstawianej jako równoważnej można udowodnić istnienie zgodności z zapisem normy wymaganej w postępowaniu.". Komisja przyznała „0" punktów, gdyż Wykonawca dla uzyskania punktów w tym kryterium załączył certyfikat zgodności z normą ISO/IEC 20000-1:2011 a wymagana była norma PN-EN ISO 20000-1:2014-01 lub ISO/IEC 20000- 1:2018. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie równoważności normy z certyfikatu oraz normy wymaganej przez Zamawiającego. Ciężar dowodu spoczywał w tej sprawie na Wykonawcy, zatem z braku dowodów w przedmiotowej sprawie i różnicy w wydaniach normy wymaganej i przedstawionej przez Wykonawcę, Komisja nie przyznała punktów w tym kryterium.

Punktacja INVENT ON Sp. z o.o. w kryterium:

5) Certyfikat zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania - lub równoważną. Zamawiający dał możliwość wskazania certyfikatu zgodności z normą równoważną do wymaganej, jednak zgodnie z zapisem rozdziału XIX SWZ, Wykonawca jest zobowiązany udowodnić poprzez odniesienie się do każdego zapisu normy wymaganej w postępowaniu z wykazaniem, że dla każdego wymagania normy wymaganej w postępowaniu istnieje odpowiadający zapis normy przedstawianej jako równoważnej oraz dla każdego stanu faktycznego zgodnego z zapisem normy przedstawianej jako równoważnej można udowodnić istnienie zgodności z zapisem normy wymaganej w postępowaniu.". Komisja przyznała „0" punktów, gdyż Wykonawca dla uzyskania punktów w tym kryterium załączył certyfikat zgodności z normą ISO 27001:2013 a wymagana była norma PN-EN ISO 27001:2017. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie równoważności normy z certyfikatu oraz normy wymaganej przez Zamawiającego. Ciężar dowodu spoczywał w tej sprawie na Wykonawcy, zatem z braku dowodów w przedmiotowej

sprawie i różnicy w wydaniach normy wymaganej i przedstawionej przez Wykonawcę, Komisja nie przyznała punktów w tym kryterium. Odwołujący niestety, pomimo złożenia wraz z ofertą certyfikatu zgodności z normą ISO/IEC 20000-1:2011 nie wykonał wymaganego przez Zamawiającego zobowiązania, do czego zobowiązał się nie kwestionując zapisów SWZ, o którym mowa w ww. pkt 3), tj. nie wykazał, że norma ISO/IEC 20000-1:2011 jest równoważna normie PN-ISO/IEC 20000-1:2014-01, tj. zaniechał udowodnienia, że dla każdego wymagania normy wymaganej istnieje odpowiadający zapis normy przedstawionej jako równoważnej, oraz że dla każdego stanu faktycznego zgodnego z zapisem normy przedstawionej jako równoważnej istnieje zgodność z zapisem normy wymaganej w postępowaniu. Należy zaznaczyć, że składanie dla zdobycia punktów certyfikatów. jak również wykazanie ich równoważności musiało odbywać się wraz z oferta i nie podlegało uzupełnieniu. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie mógł przyznać Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert, gdyż byłoby to niezgodne z treścią rozdziału XIX SWZ, wobec ww. zaniechania Odwołującego. Inne postępowanie Zamawiającego stanowiłoby naruszenie zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - art. 16 ustawy Pzp. Jednocześnie zauważył, że SWZ w zakresie ww. stała się prawomocna w dniu 07.08.2021 r., gdyż postanowienia rozdziału XIX SWZ zostały ostatecznie ukształtowane w wyniku modyfikacji SWZ dokonanej w dniu 28.07.2021 r. Wykonanie natomiast w chwili obecnej żądania Odwołującego nie jest legalne, gdyż wymagałoby to modyfikacji treści SWZ, co po upływie terminu składania ofert nie jest możliwe. Stanowiłoby to bowiem naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut więc dotyczący braku przyznania 4 punktów Odwołującemu w zaistniałej sytuacji nie dotyczy wadliwego zastosowania przez Zamawiającego treści rozdziału XIX SWZ a dotyczy modyfikacji treści SWZ w zakresie z dnia 28.07.2021 r. Tym samym, zarzut jest spóźniony, gdyż Odwołujący był uprawniony zaskarżyć postanowienia SWZ w tym zakresie wyłącznie do 07.08.2021 r. Z uwagi na powyższe Zarzut II podniesiony przez Odwołującego jest całkowicie bezzasadny. Postępowanie bowiem Zamawiającego jest zgodne z treścią SWZ. Na marginesie zaznaczył, że przyznanie Odwołującemu 4 punktów w ramach przedmiotowego kryterium nie wpłynęłoby na wynik postępowania, tj. Odwołujący nadal plasowałby się na 2. miejscu.

Odpowiedź w sprawie o sygn. akt: KIO 2946/21:

Brak legitymacji czynnej do wniesienia odwołania

W pierwszej kolejności należy podnieść, że Invent On nie posiada legitymacji czynnej

do wniesienia odwołania. Nie zostały bowiem spełnione przez ww. Odwołującego przesłanki wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. W dniu 04.10.2021 r. do Zamawiającego wpłynęło odwołanie w przedmiotowym postępowaniu złożone przez Odwołującego. Podniósł, że Invent On nie przystąpił do odwołania Comarch. Odwołujący zajął 3. miejsce w przedmiotowym postępowaniu, uzyskując 79,45 pkt w kryteriach oceny ofert. Comarch był 2., uzyskując 81,59 pkt. Odwołujący w treści Odwołania nie podniósł żadnego zarzutu odnośnie czynności/zaniechania czynności przez Zamawiającego dot. badania i oceny oferty Comarch. które w sytuacji uwzględnienia skutkowałyby odrzuceniem oferty Comarch, co uplasowałoby ofertę Odwołującego na 2. miejscu (zaraz po ofercie DXC). Również zarzut 4, którego uwzględnienie mogłoby zmienić klasyfikację punktową ofert, tj. naruszenia art. 128 ust. 1, 4, 5 w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 1. - poprzez dokonanie rzekomo niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Odwołującego poprzez przyznanie Odwołującemu zaniżonej liczby punków, zamiast 83,45 pkt przyznanie 79,45 pkt, poprzez nieuwzględnienie 4 pkt za posiadanie Certyfikatu zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna -

Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania -

lub równoważnego, należy uznać za spóźniony, gdyż dotyczy postanowień SWZ, a nie czynności Zamawiającego dokonywanych na etapie oceny i badania ofert.

Zamawiający opisał szczegółowo okoliczności uznania ww. zarzutu za spóźniony w dalszej części odpowiedzi na odwołanie.

Gdyby Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, uznając, po pierwsze, że Comarch wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i dodatkowo oceniła, że Zarzut 4 nie dotyczy treści SWZ (czyli nie jest spóźniony), oferta Invent On również nie zostałaby

najwyżej oceniona, gdyż Zamawiający - w przypadku uwzględnienia odwołania w tym zakresie - byłby zobowiązany dodać do dotychczas dokonanej oceny ofert w kryteriach po 4 pkt wszystkim trzem Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, ponieważ każdy z Wykonawców biorących udział w postępowaniu był w analogicznej sytuacji, tj. nie otrzymał 4 pkt z uwagi na to, że nie wykazał równoważności normy, na którą się powoływał, z normą wskazaną przez Zamawiającego. Tym samym kolejność Wykonawców w rankingu ofert nie uległaby zmianie.

Jednocześnie hipotetyczny interes w uzyskaniu zamówienia odnoszący się do zamówienia, o które może ubiegać się w przyszłości, nie stanowi podstawy do uzyskania legitymacji do wniesienia odwołania.

Dotyczy Zarzutu 1 - naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) Prawa zamówień publicznych - poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, ti. oferty złożonej przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. podczas, gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

W dniu 27.08.2021 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom informację o ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu, ze wskazaniem cen oferowanych przez poszczególnych Wykonawców, jak i stawek dla poszczególnych rodzajów usług stanowiących elementy składowe przedmiotu zamówienia.

Poprzez publikację ww. informacji Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu powzięli informację m.in. o tym, że Wykonawca DXC zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 15 033 258,00 PLN skalkulowaną w oparciu o następujące ceny:

1) utrzymanie w ruchu systemu informatycznego SIOEPKZ za pierwsze 12 miesięcy obowiązywania umowy w kwocie 1 761 252,00 PLN;

2) utrzymanie w ruchu systemu informatycznego SIOEPKZ za okres od 13 do 45 miesięcy

obowiązywania umowy w kwocie 146 771,00 PLN miesięcznie;

3) stawka za rozwój systemu SIOEPKZ (prace programistyczne i prace im towarzyszące dot. opracowania i zmian w ww. systemie) w kwocie 106,51 PLN za roboczogodzinę.

Tym samym już w dniu 27 sierpnia 2021 r. Wykonawcy powzięli informację zarówno o cenie brutto oferty DXC, jaki i cenie elementów składowych tej oferty.

Następnie, na wniosek Odwołującego o udostępnienie dokumentów dot. postępowania Odwołujący otrzymał te dokumenty, w tym m.in. wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny skierowane do DXC i odpowiedzi Wykonawcy na ww. wezwania, w części jawnej, w tym odtajnionej przez Zamawiającego z uwagi na fakt, że treść wyjaśnień została zastrzeżona przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa DXC.

W dniu 24.09.2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o dokonaniu oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty DXC.

Zważywszy na powyższe, a także mając na uwadze fakt, że Invent On w odwołaniu nie podniósł żadnych zarzutów w odniesieniu do oferty Comarch, Invent On nie wykazał rzeczywistej możliwości uzyskania realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Nie wykazał również, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego, gdyż sam poprzez brak właściwego zabezpieczenia swoich praw pozbawił się skutecznej możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym ewentualna szkoda Odwołującego w braku uzyskania zamówienia wynika z zaniechania Odwołującego, a nie naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Tym samym przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie zostały spełnione. Invent On więc nie przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania na obecnym etapie postępowania, co w konsekwencji powoduje, że odwołanie winno zostać w całości oddalone. Wobec powyższego Odwołujący w dniu 24.09.2021 r. powziął informację, że ww. ceny oferty DXC nie zostały przez Zamawiającego uznane jako rażąco niskie w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący podnosi, że złożone przez DXC wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie były wystarczające, a tym samym zarzuca, że cena wskazana przez DXC w ofercie jest ceną nierealną, nierynkową i nie zapewnia realizacji zamówienia na najwyższym możliwym poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego DXC w wystarczający sposób wykazał, że zaproponowana przez niego cena jest ceną rynkową, natomiast Odwołujący nie wykazał, że zaproponowane przez DXC ceny są rażąco niskie. Swoje twierdzenia w tym zakresie Odwołujący wywodzi w sposób całkowicie nieuzasadniony z następujących okoliczności:

1) faktu kolejnego wezwania DXC przez Zamawiającego do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny - wezwanie z dnia 13.09.2021 r.;

2) cen zaoferowanych przez Odwołującego oraz Wykonawcę;

3) raportu płacowego dla branży IT będącego w posiadaniu Odwołującego.

Ad 1)

Odwołujący wskazuje, że ceny zaoferowane przez DXC są rażąco niskie dlatego, że w toku postępowania Zamawiający wezwał DXC do wyjaśnień w tym zakresie (wezwanie z 31.08.2021r. oraz wezwanie z 13.09.2021r. w celu wyjaśnienia rozbieżności zaistniałych w wyjaśnieniach DXC z 10.09.2021r).

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Odwołujący nie zna wyjaśnień DXC dotyczących metodyki stosowanej przy ustaleniu ceny oferty, jak i przy ustaleniu jej elementów składowych, nie ma również szczegółowej wiedzy odnośnie rozbieżności, które były przedmiotem wyjaśnień DXC na wezwanie z 13.09.2021 r. Odwołujący zna jedynie ogólny zakres wątpliwości, jakie miał Zamawiający.

Powyższe wynika z faktu, że treść ww. wezwań do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i wyjaśnień DXC, została w części, skutecznie zastrzeżona przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa. Invent On nie kwestionuje skuteczności tego zastrzeżenia, nie przystąpił też do odwołania po stronie Comarch. Z uwagi na powyższe należy podkreślić, że Odwołujący posiada wiedzę wyłącznie w zakresie ceny oferty i jednostkowych stawek za świadczenie poszczególnych usług stanowiących elementy składowe przedmiotu zamówienia - elementy oferty DXC, oraz niepełną wiedzę w zakresie rozbieżności powstałych w treści pisma DXC z 10.09.2021 r., które Zamawiający wyjaśniał, wzywając wykonawcę do dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej cen - pismo z 13.09.2021 r.

Pomimo ww. stanu faktycznego Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, w sposób celowy próbuje wprowadzić Krajową Izbę Odwoławczą w błąd, twierdząc w treści odwołania, że wyjaśnienia DXC zawierały liczne błędne informacje oraz że Zamawiający wezwał DXC do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień w zakresie nieprawdziwych informacji i oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach z 10.09.2021 r.: „ Wyjaśniania przedstawione przez DXC Technology Polska sp. zo.o. w piśmie z dnia 10 września 2021 roku były niewystarczające, zawierały rozbieżności i błędne informacje, wobec czego Zamawiający pismem z dnia 13 września 2021 roku wezwał DXC Technology Polska sp. z o.o. do przedstawienia dalszych wyjaśnień co do nieprawdziwości informacji i oświadczeń zawartych we wcześniejszym piśmie".

„Z pisma DXC Technology Polska sp. z o.o. z dnia 15 września 2021 roku, udostępnionego przez Zamawiającego w zakresie niezawierającym tajemnicy przedsiębiorstwa, wniesionego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 września 2021 roku wynika m.in., że DXC Technology Polska sp. z o.o. zostało wezwane do: (...) wyjaśnienia licznych błędów (...)". Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są nieprawdziwe.

W ocenie Zamawiającego wyżej opisane działanie Odwołującego ma na celu stworzenie pozoru, że w treści wyjaśnień DXC zawarto liczne błędne, nieprawdziwe informacje, które powinny skutkować odrzuceniem oferty DXC, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co w ocenie Zamawiającego byłoby czynnością nielegalną, gdyż

Wykonawca w piśmie z dnia 15 września 2021 r. wyjaśnił wszystkie rozbieżności powstałe uprzednio wraz ze wskazaniem przyczyn ich wystąpienia.

Ad 2) i 3)

Odwołujący w dalszej części odwołania podnosi, że cena za roboczogodzinę prac

programistycznych wskazana przez DXC na kwotę 106,51 zł brutto jest rażąco niska, podnosząc, że realną kwotą brutto jest kwota ok. 150,00 brutto, która wynika m.in.

z pozostałych ofert. Wskazuje również, że koszty średniego wynagrodzenia prac programistycznych są zdecydowanie wyższe niż wykazane przez DXC (nie znając stawek wskazanych przez DXC) oraz że Wykonawca nie uwzględnił wszystkich elementów składowych prac wchodzących w skład ostatecznego wynagrodzenia Wykonawcy.

Z ww. argumentami Zamawiający nie zgadza się.

Zauważył, że Odwołujący odnosi się w swoim uzasadnieniu do średnich wynagrodzeń osób wykonujących prace programistyczne, które zostały podane w raporcie płacowym będącym w posiadaniu Odwołującego, bez podania tytułu raportu, instytucji go sporządzającej oraz możliwości wglądu przez Zamawiającego do tego raportu, w tym oceny wiarygodności przyjętej metodyki obliczania średnich wynagrodzeń. Dodatkowo podkreślił, że przyjęcie średniej wynagrodzenia nie przesądza, że realizacja prac poniżej tej średniej automatycznie oznacza, że cena za takie usługi jest rażąco niska. Odmienne stanowisko powodowałoby, że nie istniałaby realna konkurencja na rynku IT w zakresie świadczenia usług programistycznych.

Rynek pracownika szeroko rozumianej kadry programistycznej (wszystkie osoby uczestniczące w procesie programistycznym) jest zróżnicowany, zaś Wykonawcy, pozyskując pracowników z rynku, starają się z jednej strony zyskać pracownika o wysokich kwalifikacjach, z drugiej strony optymalizować koszty związane z zaangażowaniem takiego pracownika. Oznacza to, że od wypracowanego know-how wykonawcy w zakresie metod poszukiwania pracowników na rynku zależy, czy pozyska pracowników oczekujących niższych lub wyższych wynagrodzeń, tym samym, czy koszt roboczogodziny programistycznej będzie mniejszy czy większy. Możliwe jest również oferowanie pracownikom innych, niezwiązanych z wynagrodzeniem atrakcyjnych warunków pracy, które zachęcają pracowników do podjęcia pracy za mniejsze wynagrodzenie, np. zapewnienie atrakcyjnej ścieżki rozwoju. Ww. know-how sta nowi określoną wartość gospodarczą, gdyż pozwala wykonawcy na uzyskanie przewagi nad konkurentami na rynku.

Należy zauważyć, że DXC przedstawiła spójną wewnętrznie metodykę wyliczenia kosztów godziny programistycznej, przedstawiając dowody i informacje potwierdzające, że zastosowane założenia i argumenty metodyki mają potwierdzenie w rzeczywistości:

1) w piśmie z 10.09.2021 r. - str. 16-38 oraz dowody w postaci załączników od 1-54 - lista na str. 50-51);

2) w piśmie z dnia 15 września 2021 r. - str. 3-12 oraz dowody w postaci załączników od 1-3 - lista na str. 11-12).

Zaznaczył, że cena za godzinę świadczenia usług rozwoju nie jest ceną wyłącznie prac programistycznych, a ceną, na którą składa się praca grupy różnych specjalistów uczestniczących w realizacji zamówienia, w tym m.in. testerów, analityków, deweloperów, koordynatorów. Zarobki poszczególnych specjalistów IT uczestniczących w świadczeniu usług rozwoju są zróżnicowane i nie można odnosić cen zarobków pojedynczych specjalistów do ceny za godzinę świadczenia ww. usług. Firma DXC, podobnie jak pozostali Wykonawcy ustaliła bowiem cenę za realizację poszczególnych usług w ramach przedmiotu zamówienia, na podstawie zindywidualizowanej metodyki.

W ramach ww. metodyki wykonawcy musieli skalkulować koszt roboczogodziny prac programistycznych. Stawka jednostkowa stanowi średni koszt pracy całego zespołu włożony w wytworzenie oprogramowania.

Dodatkowo wynagrodzenia przedstawione przez Odwołującego na podstawie portalu rekrutacyjnego odzwierciedlają wynagrodzenia średnie, zatem spora grupa specjalistów IT zarabia zarówno powyżej, jak i poniżej średniej. Oznacza to, że istnieje możliwość pozyskania na rynku specjalistów IT, którzy wykonują powierzone im zadania za niższe wynagrodzenie niż średnie wynagrodzenie wskazane przez Odwołującego. Potwierdzają to umowy przedłożone przez DXC w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny - dowody 1-25, 28-44, stanowiące załączniki tajne do pisma z dnia 10 września 2021 r.

Przyjęta metodyka kształtowania ceny jest również optymalizowana pod względem wag w kryteriach oceny ofert wynikających z SWZ. W przedmiotowym postępowaniu waga kryterium Ceny stanowi 60%. Oznacza to, że wykonawcy, składając ofertę, musieli założyć optymalizację kosztów, aby realnie konkurować cenowo z innymi wykonawcami.

Wykonawcy musieli również odpowiednio skalkulować ryzyka, które mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia, oraz podjąć decyzję, w którym miejscu uwzględnią zysk.

Przedmiot zamówienia przewiduje 75 000 roboczogodzin programistycznych, w tym w ramach zamówienia podstawowego 15 000 roboczogodzin programistycznych - 20% wszystkich ww. roboczogodzin. Tak więc, z uwagi na fakt, że opcja ma charakter niepewny jej uruchomienie zależy wyłącznie od woli Zamawiającego), Wykonawcy, działając racjonalnie, umiejscowili zapewne w większości zysk w ramach zamówienia pewnego - podstawowego, tj. w ramach utrzymania systemu. Inne działanie byłoby działaniem ryzykownym i przez to nieracjonalnym, gdyż Wykonawca uzależniłby uzyskanie zysku z kontraktu wyłącznie od woli Zamawiającego. SWZ przewiduje bowiem, że stawki za roboczogodzinę prac rozwojowych (programistycznych) będą takie same w zakresie zamówienia podstawowego, jak i opcji, zaś 80% godzin programistycznych realizowana jest w ramach opcji. Wykonawca, znając tą zależność, uzależniłby wystąpienie zysku od

niepewnej części zamówienia (opcja).

Dodatkowo zauważył, że wykonawcy w stawce za roboczogodzinę programistyczną mogli nie uwzględniać ani marży, ani zysku, gdyż postanowienia SWZ, poprzez brak regulacji dotyczących sposobu ujęcia ww. kosztów, dają dowolność wykonawcy w zakresie ich uwzględnienia w treści oferty. Oznacza to, że cały zysk i marża mogą być uwzględnione przez Wykonawcę w kosztach utrzymania i działanie takie jest dopuszczalne w SWZ.

Ww. przytoczone okoliczności wskazują na realne możliwości podania przez wykonawców zróżnicowanych stawek za roboczogodzinę programistyczną.

DXC ma wieloletnie doświadczenie w realizacji usług tożsamych do przedmiotu zamówienia, gdyż realizuje od 2017 r. usługi na rzecz Centralnej Komisji Egzaminacyjnej w ramach zawartej do chwili obecnej umowy. Koszt godziny programistycznej w obecnej realizowanej umowie wynosi 107,01 zł brutto, zaś zadania powierzone Wykonawcy są realizowane prawidłowo, o czym świadczą odbywające się cyklicznie sesje egzaminacyjne egzaminów zawodowych oraz dowody w postaci protokołów odbioru załączone przez DXC do pisma z dnia 10.09.2021 r. Fakt zaś realizowania ww. usług za ww. stawkę niezmienną przez okres 4 lat bez wątpienia potwierdza rynkowość ww. ceny. Teza przeciwna, tj. założenie, że od 4 lat DXC ponosi straty w związku z realizacja prac programistycznych na rzecz CKE, oznaczałaby, że Zarząd spółki działa na jej szkodę, przez co wypełnia przesłankę określoną w art. 293 Kodeksu Spółek Handlowych. Skutkiem powyższego jest odpowiedzialność Zarządu za szkodę wyrządzoną spółce. Działanie więc Zarządu DXC w celu wyrządzenia szkody spółce wydaje się wysoce nieracjonalne. Z uwagi na powyższe, cena za roboczogodzinę prac rozwojowych może być niższa niż średnia cen rynkowych wskazana przez Odwołującego, co nie oznacza, że jest rażąco niska. Jest po prostu ustalona w oparciu o zindywidualizowane zapisy SWZ, metodykę oraz doświadczenie DXC zdobyte w realizacji podobnej usługi. Z uwagi na ww. okoliczności Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. żart. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) Prawa zamówień publicznych jest całkowicie bezpodstawny.

Dotyczy Zarzutu 2 - naruszenia art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit, a) i b) oraz pkt 10) Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie zweryfikowania przez Zamawiającego prawdziwości informacji i twierdzeń zawartych w ofertach, załącznikach do ofert i dalszych dokumentach złożonych przez wykonawców w ramach postępowania przetargowe.

W zakresie Zarzutu 2 na wstępie należy zauważyć, że aktualne pozostaje stanowisko Zamawiającego wskazane w odpowiedzi na Zarzut 1.

W pozostałej części Zarzutu Odwołujący wskazuje, że DXC przedstawiło nieprawdziwe informacje w zakresie pewnych (bliżej nieokreślonych przez Odwołującego) niedopatrzeń w kalkulacji oferty, jak i jakiś (bliżej nieokreślonych przez Odwołującego) rozbieżności w nazwiskach, jak i faktu, że w wykazie osób ww. wskazał, że jeden z członków zespołu zamiast doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji programisty back-end oświadczył, że pełnił funkcję programisty front-end.

Odwołujący sam przyznaje, że z uwagi na zastrzeżenie przez DXC dokumentów i informacji opisujących szczegóły zawarte w dokumentach ww. Wykonawcy nie ma możliwości odniesienia się do tych kwestii. W związku z powyższym poddaje je w wątpliwość, nie przedstawiając żadnego dowodu na potwierdzenie zasadności ww. domniemań. Z uwagi na powyższe nie sposób uznać, że ww. zarzut został w jakikolwiek sposób dowiedziony. Hipoteza bowiem niepoparta żadnymi dowodami nie może stanowić podstawy naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Nie sposób również zgodzić się z kolejnym twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający - celem zweryfikowania kompetencji wskazywanych przez wykonawców

- powinien był zobowiązać wykonawców do przedłożenia dokumentów dotyczących kwalifikacji osób. Zgodnie bowiem z zapisami rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), zdolność techniczną i zawodową dot. kwalifikacji osób zamawiający może badać poprzez wykaz osób zawierający kwalifikacje zawodowe, doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, zakres wykonywanych przez ww. osoby czynności a także informację o podstawie dysponowania ww. osobami. Rozporządzenie nie przewiduje możliwości żądania przez Zamawiających innych niż oświadczenie dowodów na potwierdzenie kwalifikacji osób oddelegowanych do realizacji przedmiotu umowy a wymaganych warunkami udziału w postępowaniu. Zamawiający na etapie oceny i badania oferty DXC wezwał wykonawcę w dniu 17.09.2021 r. do wyjaśnień i uzupełnienia wykazu osób w zakresie wskazywanych przez Wykonawcę nieścisłości (art. 128 ust. 4 oraz 128 ust.

1 ustawy Pzp). Zarzut zatem naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy pzp należy uznać za chybiony.

Po złożeniu wyjaśnień i uzupełnieniu ww. dokumentu przez DXC (22 września 2021 r.), treść wykazu osób potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VIII SWZ. Wobec powyższego, Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości, że DXC spełnia warunki udziału w postępowaniu - stąd wybór oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej. Zauważył, że art. 128 ust. 5 ustawy Pzp ma zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy złożone przez Wykonawców środki dowodowe budzą wątpliwości Zamawiającego. Po szczegółowym zapoznaniu się z wyjaśnieniami Wykonawcy Zamawiający uznał, że wyjaśnienia są kompletne oraz zupełne i nie ma wątpliwości co do treści złożonych dokumentów. Tym samym brak było podstaw do stosowania procedury opisanej w art. 128 ust 5 ustawy pzp. Zatem zarzut naruszenia art. 128 ust. 5 również należy uznać za chybiony. Podkreślił, że wszystkie czynności przeprowadzone przez Zamawiającego zostały dokonane w poszanowaniu przepisów o zamówieniach publicznych

oraz zgodnie z SWZ.

Jednocześnie Odwołujący powołuje się na fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8) i 10) ustawy Pzp, które z uwagi na brak ich uwzględnienia w treści SWZ przez Zamawiającego nie mają żadnego znaczenia dla prowadzonego postępowania. Hipotetyczne nawet ich wystąpienie (czego Zamawiający nie przyznaje) nie będzie miało żadnych skutków prawnych dla przedmiotowego postępowania. Z uwagi na ww. okoliczności Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 10) Pzp jest całkowicie bezpodstawny.

Dotyczy Zarzutu 3 - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit, a) i b) oraz pkt 10) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) oraz art. 128 ust. 1. ust. 4, ust. 5 Prawa zamówień publicznych -

poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez DXC Technology Polska Sp. z o.o., który to podmiot w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji zawartych w złożonej ofercie, jej załącznikach i dalszych dokumentach złożonych ramach postępowania przetargowego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas, gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona z przetargu z uwagi na niespełnianie warunków postępowania przetargowego. W zakresie Zarzutu 3 stanowisko Zamawiającego wskazane w odpowiedzi na Zarzut 2 jest w całości aktualne. Z uwagi na ww. okoliczności Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 10) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) oraz art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 Pzp jest całkowicie bezpodstawny.

Dotyczy Zarzutu 4 - naruszenia art. 128 ust. 1,4,5 w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 1. Prawa

zamówień publicznych - poprzez dokonanie niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Odwołującego poprzez przyznanie Odwołującemu zaniżonej liczby punków, zamiast 83.45 pkt przyznanie 79.45 pkt, poprzez błędne nieuwzględnienie 4 pkt za posiadanie Certyfikatu

zgodności z norma PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania - lub

równoważnego, a w przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego co do równoważności certyfikatu przedłożonego przez Odwołującego, zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do przedłożenia stosownych wyjaśnień.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zarzut jest spóźniony, dotyczy bowiem treści SWZ, która w chwili obecnej jest ostateczna, a strony (Zamawiający, Wykonawcy, w tym Odwołujący) są nią związane. Zarzut zaś dotyczy treści SWZ, a nie oceny oferty w kryterium oceny ofert, co Zamawiający wykaże poniżej. Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny w rozdziale XIX ust. 1 pkt 5 SWZ określił kiedy przyzna punkty w kryterium zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika Informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzanie bezpieczeństwem informacji - Wymagania. Zgodnie z treścią rozdziału XIX ust. 1 pkt 5 SWZ Zamawiający przyzna 4 punkty ofercie Wykonawcy, który złoży wraz z ofertą aktualny na dzień składania ofert certyfikat PN- EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania, wydany Wykonawcy przez niezależną jednostkę akredytowaną do wydawania tego typu certyfikatów i dotyczący co najmniej usług informatycznych oraz jednocześnie oświadczy w treści oferty, że deklaruje świadczyć usługi stanowiące przedmiot zamówienia zgodnie ze wskazaną normą. W pozostałym zakresie Zamawiający dopuścił przedstawienie przez Wykonawców certyfikatów poświadczających zgodność świadczonych usług z normami

równoważnymi do norm wymaganych w ww. kryterium pod warunkiem spełnienia przez normę umieszczona na certyfikacie następujących warunków:

1) norma dotyczy co najmniej usług informatycznych,

2) norma jest wydana przez niezależną jednostkę uprawnioną do certyfikowania podmiotów

w zakresie zgodności świadczonych przez Wykonawcę usług z ww. normą,

3) zakres przedmiotowy normy uznawanej za równoważną musi obejmować całość wymagań odpowiedniej normy wymaganej w postępowaniu, co Wykonawca jest

zobowiązany udowodnić poprzez odniesienie sie do każdego zapisu normy wymaganej w postępowaniu z wykazaniem, że dla każdego wymagania normy wymaganej w postępowaniu istnieje odpowiadający zapis normy przedstawianej jako równoważnej oraz dla każdego stanu faktycznego zgodnego z zapisem normy przedstawianej jako równoważnej można udowodnić istnienie zgodności z zapisem normy wymaganej w postępowaniu. Odwołujący pomimo złożenia wraz z ofertą certyfikatu zgodności z normą ISO 27001:2013, przy założeniu że miała być to norma równoważna do normy PN-EN ISO 27001:2017, nie wykonał zobowiązania, o którym mowa w ww. pkt 3) tj. nie wykazał, że norma ISO 27001:2013 jest równoważna normie PN-EN ISO 27001:2017. Z uwagi na

powyższe Zamawiający nie mógł przyznać Odwołującemu punktów w kryterium oceny ofert, gdyż byłoby to niezgodne z treścią rozdziału XIX SWZ, wobec ww. zaniechania Odwołującego. Jednocześnie wykazanie równoważności nie podlega uzupełnieniom z uwagi na fakt, że dotyczy punktów otrzymywanych przez Wykonawców w kryteriach oceny ofert. Postępowanie inne stanowiłoby naruszenie zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - art. 16

ustawy Pzp. Jednocześnie zauważył, że SWZ w zakresie ww. stała się prawomocna w dniu 07.08.2021 r., gdyż postanowienia rozdziału XIX SWZ zostały ostatecznie ukształtowane w wyniku modyfikacji SWZ dokonanej w dniu 28.07.2021 r. Wykonanie natomiast w chwili obecnej żądania Odwołującego nie jest możliwe gdyż wymagałoby to modyfikacji treści SWZ, co po upływie terminu składania ofert nie jest możliwe. Stanowiłoby to bowiem naruszenie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut więc dot. braku przyznania 4 punktów Odwołującemu dotyczy nie wadliwego zastosowania przez Zamawiającego treści rozdziału XIX SWZ a treści rozdziału XIX SWZ w zakresie ustalonym modyfikacją z dnia 28.07.2021 r. Tym samym zarzut jest spóźniony gdyż Odwołujący był uprawniony zaskarżyć postanowienia SWZ w tym zakresie wyłącznie do 07.08.2021 r. Z uwagi na powyższe Zarzut 4 podniesiony przez Odwołującego jest całkowicie bezzasadny. Postępowanie bowiem Zamawiającego przy ocenie ofert jest zgodne z treścią SWZ.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk Stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawcy posiadają legitymację procesową w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp uprawniającą do ich złożenia.

Odnosząc się do wniosku DXC Technology Polska Sp. z o.o. sformułowanego na

posiedzeniu o odrzucenie odwołania o sygn. akt: KIO 2935/21 (popartego przez Zamawiającego), zgodnie z którym odwołanie złożone przez Konsorcjum Comarch, jak również zakwestionowania skuteczności przystąpienia Konsorcjum Comarch do drugiego z odwołań (KIO 2946/21) (popartego przez Zamawiającego), tj. że zostały podpisane przez osobę nieumocowaną, czyli nieuprawnioną, gdyż p. A. S. jest pracownikiem jedynie spółki Comarch Polska S.A., Izba, oddaliła niniejsze wnioski uznając je za niezasadne.

DXC Technology Polska Sp. z o.o. stwierdziło, że art. 510 ust. 2 NPzp mówi o pracowniku spółki, a nie o pracowniku spółki będącej częścią konsorcjum. Uważało, że przepis ten należy rozumieć w sposób ścisły i w konsekwencji uznaje, że osoba p. A.S. mogłaby reprezentować jedynie Comarch Polska S.A. jeżeli podmiot ten występowałby samodzielnie, a nie jako konsorcjum. Dodatkowo sprecyzowało, że w jego ocenie pracownik mógłby być tylko wtedy pełnomocnikiem konsorcjum, jeśli byłby pracownikiem wszystkich

członków tego konsorcjum, a nie tylko pracownikiem jednej spółki nawet, jeśli byłaby to spółka będąca liderem. Izba oddaliła oba wnioski Przystępującego DXC, uznając je za niezasadne. W tym zakresie uznając, że w sytuacji, gdy mamy do czynienia z Odwołującym, który jest konsorcjum, art. 510 ust. 2 NPzp należy interpretować stosownie do statusu Wykonawcy. Jeśli odwołanie składa pracownik spółki, która jest liderem całego konsorcjum i legitymuje się w tym zakresie stosownymi pełnomocnictwami, brak jest podstaw do kwestionowania czynności wykonywanych przez niego na ich podstawie w postępowaniu odwoławczym. Odmienne stanowisko stanowiłoby nadinterpretacją art. 510 NPzp, gdyż prowadziłoby to do zawężenia możliwości reprezentowania tylko do profesjonalnego podmiotu, co nie było intencją i nie wynika z treści wskazanego przepisu.

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2935/21, Izba odnosząc się do argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie podzieliła i uznała za własne (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: "Izba ma prawo podzielić zarzuty

i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.") stanowisko w zakresie legitymacji procesowej przedstawione na rozprawie przez Odwołującego - Konsorcjum Comarch (jako ugruntowane w orzecznictwie): „(...) Odnośnie braku legitymacji wskazuje następujące okoliczności: nie zgadza się z oceną przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie warunkującą legitymację od postawienia zarzutu ewentualnego zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Przystępującego DXC. Nie uważa również, że ograniczenie się w odwołaniu do zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny było z jego strony błędem. Podkreśla, że art. 505 Pzp nie uzależnia interesu w podniesieniu zarzutów ewentualnych. Zwraca też uwagę, że zarzut ewentualny to taki, którego rozpoznanie i rozstrzygnięcie jest warunkowane od innego zarzutu. Stwierdza, że wzruszył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej swoim odwołaniem, tzn. wniósł je na czynność, która była ostatnią czynnością w zakresie, której Zamawiający zakończył badanie ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. W ramach odwołania wnosił także o ponowne badanie i ocenę ofert oraz nakazanie odtajnienia, w skutek tego ewentualne uwzględnienie odwołania będzie skutkowało unieważnieniem czynności badania i oceny ofert, jak i ewentualnym odtajnieniem i ponownym wyborem oferty najkorzystniejszej, niewykluczone, iż ponownie obecnego na sali Przystępującego. Od owej nowej czynność będzie przysługiwało Odwołującemu środek ochrony prawnej w zakresie rażąco niskiej ceny, gdy będzie już miał wiedzę, po ocenie odtajnionych wyjaśnień w zakresie tego, co przedstawił Przystępujący, w zakresie podejrzenia ceny rażąco niskiej. Podkreśla, że w zakresie szkody art. 505 Pzp mówi o możliwości poniesienia szkody. (...)”. W ocenie Izby, aby skutecznie zaskarżyć wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej, które są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, najpierw należy skutecznie zaskarżyć same zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, czyli uzasadnienie zastrzeżenia, podważając jak ma to miejsce w tym wypadku wybór oferty najkorzystniejszej. Dopiero po odtajnieniu, które nastąpi po unieważnieniu pierwotnego wyboru, Wykonawcy będzie przysługiwać nowy środek ochrony prawnej, na nowy wybór oferty najkorzystniejszej, już w oparciu o odtajnione wyjaśnienia, a takie odwołanie nie będzie spóźnione. Dodatkowo, Izba wskazuje w kontekście drugiego zarzutu, iż interes w uzyskaniu zamówienia należy rozpatrywać kontekście całego odwołania, a nie jego poszczególnych zarzutów.

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2946/21, Izba odnosząc się do argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie w zakresie legitymacji procesowej, wskazuje że po pierwsze Zamawiający stosował w postępowaniu procedurę odwróconą (Rozdz. III ust. 2 SWZ) i nie weryfikował drugiej ofertę w kolejności pod względem podmiotowym, a tylko pierwszą. Powyższe potwierdza orzecznictwo: „(...) Zamawiający stosując w postępowaniu art. 26 ust. 2 Pzp wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie EPA Green wykonawcę, którego ofertę ocenił jako najkorzystniejszą. Zdolność podmiotowa wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, nie była badana, zatem nieuzasadnione byłoby wymaganie od odwołującego, aby dla wykazania swego interesu w uzyskaniu zamówienia stawiał zarzuty względem Spes City Sp. z o.o. Pogląd o szerszym spojrzeniu na kwestię interesu w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu, w którym zamawiający korzysta z tzw. procedury odwróconej ukształtował się w orzecznictwie Izby (vide przykładowo: wyroki KIO 1499/17, KIO 2006/17). (.)” (za wyrokiem KIO z 07.07.2020 r., sygn. akt: KIO 1116/20). Po drugie, środek ochrony prawnej złożyli obaj Wykonawcy drugi i trzeci w kolejności, żaden z nich nie wiedział o złożeniu przez siebie odwołania, o tym fakcie dowiedzieli się dopiero post factum z wezwania Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia. Po trzecie, w kontekście ostatniego zarzutu, iż interes w uzyskaniu zamówienia należy rozpatrywać kontekście całego odwołania, a nie jego poszczególnych zarzutów. Po czwarte, Izba musi rozpatrywać interes w kontekście tego, że „może mieć”, gdyż w kontekście dalszego działania Zamawiającego, weryfikacja podmiotu, tj. Odwołującego o sygn. akt: KIO 2935/21, tzn. pozycja i dostęp do określonych informacji ulegnie zmianie.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej w sprawie sygn. akt: KIO 2935/21, KIO 2946/21, w tym w szczególność postanowień SWZ, z modyfikacją z 28.07.2021 r., oferty Przystępującego Invent On Sp. z o.o. (certyfikat odnośnie spełniania normy ISO/IEC 27001:2013) oraz oferty Konsorcjum Comarch (certyfikat odnośnie spełniania normy ISO/IEC 20000-1:2011), jak i oferty DXC Technology Polska Sp. z o.o., informacji z otwarcia ofert z 27.08.2021 r., informacji o kwocie na sfinansowanie zamówienia z 27.08.2021 r., wezwania z 31.08.2021 r. do DXC Technology Polska Sp. z o.o. w trybie art. 126 ust. 2 NPzp, odpowiedzi DXC Technology

Polska Sp. z o.o. z 10.09.2021 r. na wezwanie wraz ze złożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi (wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - wskazanych - części podmiotowych środków dowodowymi), wezwania z 17.09.2021 r. do DXC Technology Polska Sp. z o.o. w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, odpowiedzi DXC Technology Polska Sp. z o.o. z 22.09.2021 r. na wezwanie wraz z uzupełnionym wykazem osób (tak odpowiedz jak i wykaz częściowo zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa) /Przy czym Izba zaliczyła do materiału dowodowego obu postępowań odwoławczych także - wersje pełne - wskazanych wyżej wezwań i odpowiedzi oraz podmiotowych środków dowodowych/, protokołu Komisji Przetargowej z 09.09.2021 r. (częściowo zastrzeżony, jako zawierający informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa), zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24.09.2021 r. wraz z Protokołem Komisji Przetargowej z 24.09.2021 r.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że: 1) wezwanie Zamawiającego skierowane do DXC Technology Polska Sp. z o.o. do złożenia Wyjaśnień RNC z 31.08.2021 r., 2) Wyjaśnienia RNC złożone przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. z 10.09.2021 r. (w tym także uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych wyjaśnień), 3) Wezwanie Zamawiającego skierowane do DXC Technology Polska Sp. z o.o. do złożenia doszczegółowienia Wyjaśnień RNC z 13.09.2021 r. (częściowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) oraz 4) Uszczegółowione Wyjaśnienia RNC złożone przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. z 15.09.2021 r. (wszystko w zakresie udostępnionym przez Zamawiającego uwzgledniającym tajemnice przedsiębiorstwa) zostało zaliczone do materiału dowodowego, jako załączniki do odwołania o sygn. akt: KIO 2935/21. Przy czym Izba zaliczyła do materiału dowodowego obu postępowań odwoławczych także - wersje pełne.

Jednocześnie Izba wskazuje, że biorąc pod uwagę objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, jak również częściowo uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanych wyjaśnień, jak również dokumentów podmiotowych (wykazu osób, wykaz usług) i uzasadnienia zastrzeżenia tych dokumentów, podzieliła i zastosowała w przedmiotowej sprawie stanowisko, co do sposobu sfomułowania uzasadnienia w sprawach dotyczących informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa, wyrażone w wyroku KIO z 13.10.2014 r., sygn. akt: KIO 1975/14, że: "Formułując uzasadnienie Izba stanęła przed dylematem dotyczącym sformułowania uzasadnienia wynikającym z zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa merytorycznej treści odwołania, kluczowych dla rozstrzygnięcia zarzutów dokumentów i oświadczeń oraz wyłączenia jawności rozprawy. Mając wzgląd na okoliczności sprawy, Izba rozważyła sformułowanie uzasadnienia orzeczenia w sposób szczegółowy z podaniem wprost ustaleń faktycznych wynikających z zastrzeżonej treści oferty i wyjaśnień odwołującego. Konsekwencją takiego działania byłoby zastrzeżenie uzasadnienia, co najmniej w części zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, a zatem w okolicznościach sporu praktycznie w całości. Uzasadnienie takie otrzymałyby wyłącznie strony, z pominięciem przystępującego, mimo posiadania przez niego statusu uczestnika postępowania. Drugą możliwością było sporządzenie uzasadnienia, które otrzymałyby zarówno strony, jak i przystępujący. Takie uzasadnienie musiałoby być sformułowane w sposób bardziej ogólny przede wszystkim w warstwie ustaleń faktycznych w celu poszanowania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. Izba w składzie rozpoznającym badane odwołanie opowiada się za drugą możliwością.

Przesądzające znaczenie ma bowiem to, że orzeczenie Izby dotyczy sytuacji prawnej wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odwoławczym - zamawiającego, którego czynność podlega ocenie, odwołującego, który czynność tę kwestionuje oraz przystępującego, którego oferta skutkiem uwzględnienia odwołania nie mogłaby być uznania za najkorzystniejszą. Skoro zatem wyrok dotyczy praw wszystkich uczestników postępowania odwoławczego, to również uzasadnienie powinno być dla nich jednakowe. Istotne jest bowiem, aby w razie wniesienia skargi, żaden z uczestników sporu, w szczególności przystępujący, nie został całkowicie pozbawiony możliwości oceny rozstrzygnięcia zapadłego w postępowaniu odwoławczym oraz obrony swoich praw w czasie postępowania przed Sądem Okręgowym.

Takie sformułowanie uzasadnienia pozwala na zachowanie większej spójności z ustnymi motywami rozstrzygnięcia podawanymi na jawnym posiedzeniu, na którym następuje ogłoszenie orzeczenia.

Kierując się tymi racjami Izba sformułowała uzasadnienie, którego treść jest taka

sama dla wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odwoławczym, jednak z poszanowaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.".

Do sprawy o sygn. akt: KIO 2935/21:

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 2935/21 załączone do odwołania przez Konsorcjum Comarch na okoliczności wskazane w piśmie:

1) Szczegółowa kalkulacja cen złożonych ofert;

2) Wezwanie Zamawiającego skierowane do DXC do złożenia Wyjaśnień RNC z 31.08.2021 r.;

3) Wyjaśnienia RNC złożone przez DXC z 10.09.2021 r.;

4) Wezwanie Zamawiającego skierowane do DXC do złożenia doszczegółowienia Wyjaśnień RNC z 13.09.2021 r.;

5) Uszczegółowione Wyjaśnienia RNC złożone przez DXC z 15.09.2021 r.

W poczet materiału dowodowego zaliczono także złożone na rozprawie do sprawy o sygn. akt: KIO 2935/21 przez Konsorcjum Comarch:

1) i 2) korespondencję z Polskim Komitetem Normalizacyjnym (PKN) z 18, 20.10.2021 r. na okoliczność, że oznaczenie przy normie IDT oznacza, że jest ona identyczna z normą wymaganą przez Zamawiającego,

3) wydruk ze strony PKN na okoliczność tego, że adres jest adresem należącym do PKN;

4) transkrypcję z pendrivem zawierającym nagranie ustnych motywów na okoliczność rzetelność przedstawionych ustnych motywów, co do orzeczenia SO w Warszawie (z 01.10.2021r., sygn. akt: XXIII/ZS/53/21).

W poczet materiału dowodowego zaliczono także złożone na rozprawie do sprawy o sygn. akt: KIO 2935/21 przez DXC Technology Polska Sp. z o.o.:

- wydruk korespondencji e-mailowej z ZUS-em (odnośnie sprawy o sygn. akt: KIO 500/21) o udostepnienie przez ZUS fragmentów dokumentacji na okoliczność porównania stanu faktycznego, tj. wezwań w zakresie rażąco niskiej ceny, czy też wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Do sprawy o sygn. akt: KIO 2946/21:

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 2946/21 załączone do odwołania przez Invent On Sp. z o.o. na okoliczności wskazane w piśmie:

1) Komunikat Polskiego Centrum Akredytacji nr 240 z dnia 9.11.2017 r. w sprawie zmian wynikających z opublikowania normy PN-EN ISO/IEC 27001:2017-06;

2) Wydruk ze strony iec-27001;

3) pismo z 04.10.2021 r. sporządzone przez LL-C (Certification) Czech Republic a.s.;

4) Tabela_oraz_Wykres_nr_1_i_Wykres_nr_2.

Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 2946/21 złożone na rozprawie przez Invent On Sp. z o.o.:

- pierwsza i druga stronę polskiej normy w zakresie normy PN ISO/IEC 27001:2017 na okoliczność równoważności certyfikatu złożonego do oferty przez Invent On Sp. z o.o. względem wymaganego przez Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby miał na uwadze zakres zaskarżenia w obu odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących, a także stanowiska złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że z pośród odwołań o sygn. akt: KIO 2935/21, jak i KIO 2946/21 na uwzględnienie zasługuje częściowo tak pierwsze, jak i drugie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2935/21:

Konsorcjum Comarch sformułowało w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 18 ust. 1 - 3 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 NPzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK - poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu w całości zastrzeżonych przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa:

1. wyjaśnień rażąco niskiej ceny DXC z 10.09.2021 r. wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa;

ii. wezwania Zamawiającego z 13.09.2021 r. skierowanego do DXC do złożenia doszczegółowienia Wyjaśnień RNC;

iii. uzupełnienia Wyjaśnień RNC (uszczegółowienie) złożone przez DXC z 15.09.2021 r.;

iv. załączników do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC z 10.09.2021 r. pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 NPzp - poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego i przyznanie mu zbyt małej liczby punktów.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2935/21, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie.

Pismem z 31.08.2021 r. Zamawiający wezwał DXC Technology Polska Sp. z o.o.

do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej: „(...) zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny i ich istotnych części składowych. Zgodnie ze złożoną ofertą zaoferowali Państwo wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SWZ za cenę brutto (zamówienie podstawowe + prawo opcji) 15 033 258, 00 zł. Zważywszy na to, że zaoferowana przez Państwa ww. cena za realizację zamówienia wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia tzn. jest niższa 0 42% od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (25 832 305,07 zł brutto), Zamawiający wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz istotnych części składowych zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, powinny dotyczyć w szczególności:

- metod i kalkulacji oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny całkowitej oferty oraz istotnych części składowych ww. ceny w tym w szczególności stawki w wysokości 106,51 zł brutto za 1 roboczogodzinę prac programistycznych i usług im towarzyszących związanych z rozwojem systemu informatycznego SIOEPKZ;

- zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

- wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług;

- oryginalności dostaw, usług oferowanych przez wykonawcę;

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

- wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zamawiający informuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. (...)".

W odpowiedzi DXC Technology Polska Sp. z o.o. pismem z 10.09.2021 r. złożyło wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa niniejszych wyjaśnień oraz załączników do nich. W dalszej części przytoczono ich treść w wersji przekazanej innym Wykonawcom: „(...) CZĘŚĆ JAWNA WYJAŚNIEŃ

1. WYJAŚNIENIE ELEMENTÓW CENOTWÓRCZYCH

Wykonawca oświadcza, że zaoferowana cena oferty uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze niezbędne do należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia wynikające ze Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), w tym Opisu Przedmiotu Zamówienia. Cena podana w ofercie Wykonawcy zawiera wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i uwzględnia wszystkie uwarunkowania zawarte w SWZ w tym koszty pracy, budżet ryzyka, budżetu rezerwowego oraz zysk planowany do osiągnięcia.

W cenie uwzględniono wszystkie obciążenia tak publicznoprawne jak i inne, włącznie z podatkiem od towarów i usług - VAT. Wykonana wycena jest zdaniem Wykonawcy prawidłowa i przeprowadzona z należytą starannością.

Dodatkowo podnieść należy, że ww. cena jest ceną realną, wiarygodną, gwarantującą należytą realizację przedmiotowego zamówienia, a także zapewniającą zysk za wykonanie zamówienia.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa PZP"), zaoferowana cena oferty powinna uwzględniać elementy wynikające z wyliczenia ceny lub kosztu w szczególności w zakresie:

„1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

• pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

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

• wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

• powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy."

Wykonawca wskazuje, że skalkulowanie korzystnej dla Zamawiającego ceny oferty (zarówno w zakresie ceny zamówienia podstawowego jak i całkowitej ceny opcji), a jednocześnie gwarantującej osiągnięcie przez DXC zysku na odpowiednim poziomie możliwe było z racji na szereg czynników obiektywnych w rozumieniu art. 224 ust. 3 ustawy PZP odnoszących się do indywidualnej, konkretnej sytuacji Wykonawcy i jego możliwości.

Należy również wyjaśnić, że ustawa PZP nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, jednak

zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny oraz jednolitym w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO"), mianem „rażąco niskiej ceny" określa się cenę niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej.

DXC wskazuje, że na wysokość zaoferowanych Zamawiającemu cen wpływ miały poniższe czynniki obiektywne w rozumieniu ustawy PZP:

Na wstępie Wykonawca zaznacza, że przedmiotem zamówienia w Postępowaniu są usługi o charakterze intelektualnym, wobec czego głównym elementem cenotwórczym jest wysokość wynagrodzenia przysługującego poszczególnym osobom dedykowanym do realizacji projektu, tak w zakresie stricte informatycznym jak i w zakresie zarządczym.

Wobec mało wymiernego charakteru czynności intelektualnych, wynagrodzenie z tytułu realizacji związanych z nimi czynności będzie się różniło w zależności od okoliczności danego przypadku.

Kalkulacje dokonana przez DXC, a przedstawione w niniejszym piśmie, poza kosztami zaangażowania wymaganego personelu obejmuje również czynniki dodatkowe, takie jak m.in. inne koszty, zysk, budżet ryzyka itp. Przyjęte przez Wykonawcę koszty dla poszczególnych pozycji są odpowiednie do rzeczywistych kwot jakie będą wydatkowane w toku realizacji zamówienia, co potwierdzają m.in. dołączone do pisma umowy o pracę z wynagrodzeniem osób dedykowanych do projektu zatrudnionych w DXC.

W celu przedstawienia Zamawiającemu przyjętej przez DXC koncepcji wyceny i wykazania jej rzetelności, Wykonawca wskazuje, że na wysokość zaoferowanej ceny miały wpływ poniższe, obiektywne w rozumieniu ustawy PZP czynniki cenotwórcze.

KONIEC CZĘŚCI JAWNEJ WYJAŚNIEŃ

POCZĄTEK TREŚCI WYJAŚNIEŃ STANOWIĄCEJ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA

- posiadanie stałego zespołu osób do realizacji zamówienia

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

- struktura organizacyjna DXC

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Ponadto DXC posiada wieloletnie doświadczenie w realizacji projektów dla Zamawiającego w kosztach identycznych do zaoferowanych w tej umowie i dostarczanych z należytą starannością (dołączone dowody).

- realność ceny DXC

Niezależnie od powyższego, w opinii Wykonawcy zaoferowane ceny nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego.

DXC przypomina, że w utrwalonej linii orzeczniczej KIO mianem „rażąco niskiej ceny" określa się cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych dla danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. W przedmiotowej sprawie, omawiana cena w żadnym razie nie może zostać uznana za rażąco niską. Jest bowiem ceną realną, zapewniającą wykonanie zamówienia na najwyższym możliwym poziomie, a jednocześnie gwarantującym Wykonawcy osiągnięcie zysku.

W przedstawionym zakresie Wykonawca podziela pogląd zawarty w wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 2588/19., zgodnie z którym:

„Cenę rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku."
a także tożsamy pogląd KIO wyrażony w wyroku z dnia 20 maja 2016 r. o sygn. akt: KIO 750/16, zgodnie z którym: „za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna,

niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi

względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11)."

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z dnia 26 marca 2019 r., KIO 431/19, zgodnie z którym: „Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać."

Te oceny i stanowiska, choć oparte na poprzednio obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 r., w pełni zachowują aktualność na tle przepisów nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Niezależnie od powyższych okoliczności, DXC podkreśla, że przy uznaniu oferty za zawierającą rażąco niską cenę należy brać pod uwagę nie tylko wartość szacunkową zamówienia, ale przede wszystkim całokształt zamówienia oraz wszystkie inne czynniki cenotwórcze właściwe dla danego wykonawcy. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 (Constanzo), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert ocenach poniżej pewnego poziomu. Z treści przywołanego orzeczenia wynika norma interpretacyjna, która wskazuje, iż z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych, kwestie rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty. Mając na względzie powyższe, złożone przez DXC wyjaśnienia nie pozwalają Zamawiającemu wyciągnąć wniosków, iż oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Ponadto ceny oferty Wykonawcy zapewniają zarówno rentowność wykonywanego projektu dla DXC jak i oszczędność dla Zamawiającego, co jest szczególnie istotne biorąc pod uwagę obowiązek nałożony na Zamawiającego wynikający z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1870 ze zm.), który stanowi, iż:

„Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

a) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

2) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

3) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;

b) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;

c) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań."

- cena DXC, a wartość szacunkowa Zamawiającego

Odnosząc się do szacunkowej wartości zamówienia, Wykonawca wskazuje, że występowanie różnic do szacunków zamawiającego to powszechna praktyka rynkowa. W związku z tym, sam fakt różnicy od szacunkowej wartości zamówienia nie może stanowić podstawy do uznania, że cena zaoferowana przez DXC jest ceną rażąco niską.

Spółka zwraca tutaj uwagę na wyrok KIO z dnia 22 października 2012 r. sygn. akt KIO 2202/12, gdzie wskazano: „Prawidłowością powszechnie notowaną jest, że oferowane ceny rynkowe na ogół odbiegają in minus od wartości oszacowania zamówienia. Analiza badanej ceny oferty, pod względem jej realności musi odnosić się do konkretnego zamówienia i wszechstronnego rozważenia sytuacji wykonawcy - przywoływanej w wyjaśnieniach."

Z powyższego wynika konkluzja, zgodnie z którą tak długo, jak długo realizacja zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę jest możliwa (realna, rzeczywista i nie przynosząca wykonawcy strat, a gwarantująca zysk), tak długo nie można mówić o cenie rażąco niskiej. Okoliczność, że w stosunku do określonego podmiotu, który ubiega się o udzielenie zamówienia wystąpiły obiektywne okoliczności, uzasadniające obniżenie ceny, które to okoliczności nie znajdują zastosowania do jego konkurencji, nie kwalifikuje ceny takiego wykonawcy jako rażąco niskiej.

- Szerokie doświadczenie w realizacji analogicznych i bardzo zbliżonych zamówień.

Kolejnym z czynników wpływających na cenę oferty DXC jest posiadanie doświadczenia w realizacji podobnych rodzajowo projektów (przy podobnych nakładach ponoszonych przez Wykonawcę w odniesieniu do podobnego zakresu i złożoności usług).

Wykonawca szczególnie podkreśla, że doświadczenie przedsiębiorcy jest jednym z kluczowych elementów (obiektywnych czynników cenotwórczych) mających wpływ na zaoferowaną cenę. W tym zakresie DXC zgadza się ze stanowiskiem KIO wyrażonym m.in.

w wyroku z dnia 26 stycznia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1701/10, w którym KIO wprost uznało posiadanie doświadczenia w realizacji inwestycji o podobnym charakterze za obiektywny czynnik kształtujący cenę: „Odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień przez odwołującego, w ocenie Izby, jako obiektywny czynnik cenotwórczy. mający wpływ na wysokość zaproponowanej ceny należy uznać indywidualne doświadczenie tego podmiotu w prowadzeniu podobnych projektów, dysponowanie własnymi narzędziami programistycznymi, dysponowanie Centrum Kompetencyjnym, ukierunkowanym na świadczenie usług deweloperskich budowy i rozwoju systemów informatycznych, co wyłącza potrzebę korzystania z usług podmiotów trzecich i ogranicza koszty prac, dysponowanie zespołem specjalistów, programistów, którzy mogą uczestniczyć w realizacji przedmiotowego projektu bez uszczerbku dla innych równolegle realizowanych projektów przez Odwołującego."

Podobne stanowisko zaprezentowało KIO w:

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2017 r., sygn. KIO 1574/17: „Dopuszczalne jest wskazanie jako dowód na rynkowy charakter zaoferowanej ceny i jej realność, a tym samym brak cech ceny rażąco niskiej, przedstawienie rzeczywiście wykonanych realizacji prac podobnych o cenach porównywalnych, w innych postępowaniach, potwierdzonych dokumentami wskazującymi na prawidłowe wykonanie usług za cenę zaoferowaną."

2. wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 28/16, zgodnie z którym:

„Przystępujący sprostał obowiązkowi nałożonemu art. 90 ust. 2 ZamPublU i wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena jest wyrazem indywidualnych możliwości wykonawcy, jego potencjału, doświadczenia, metod organizacyjnych i kontaktów handlowych."

3. wyroku z dnia 9 listopada 2015 r. KIO 2297/15, zgodnie z którym:

„Jeśli więc doświadczony w realizacji określonych przedsięwzięć wykonawca oferuje wykonanie zamówienia za określoną cenę, złożone wyjaśnienia uprawdopodobniają poprawność tej kalkulacji, należy przyjąć, że zaoferowana cena jest ceną realną."

4. wyroku z dnia 12 sierpnia 2 009 r., sygn. akt: KIO/UZP 963/09, zgodnie z którym:

„Wykaz robót i odpowiadające im referencje w zakresie zadań o porównywalnym charakterze obiektów sportowo - rekreacyjnych, daje podstawy do przyjęcia, że odwołujący jest zdolny wykonać przedmiot zamówienia za podaną cenę, z czego wypływa wniosek, że cena ta jest realistyczna. Zdolność odwołującego do realizacji zamówienia, zweryfikował pozytywnie sam zamawiający, uznając, iż wykonawca spełnił ustalone w SIWZ warunki podmiotowe."

Wykonawca podkreśla, że jego dotychczasowa działalność na rynku umożliwiła mu zdobycie niezbędnej wiedzy i doświadczenia pozwalającego mu na osiągnięcie większej skuteczności, co stanowi jego know-how. Tym samym można uznać, że Wykonawca posiada dzięki własnemu doświadczeniu szereg zasobów i procedur usprawniających wykonanie zamówienia na rzecz Zamawiającego, a co za tym idzie obniżające spodziewane koszty Wykonawcy. To wszystko przełożyło się na cenę oferty Wykonawcy w Postępowaniu.

• Realizacja zamówienia o tożsamym zakresie dla Zamawiającego

DXC wskazuje, że od 2017 r. na podstawie umowy zawartej z CKE realizuje usługi tożsame do przedmiotu zamówienia. Doświadczenie zdobyte na przestrzeni lat pozwoliło DXC w sposób rzetelny skalkulować cenę oferty. Wiedza na temat zachodzących procesów i głównych problemów jakie związane są ze świadczeniem usług określonym w OPZ, umożliwia odpowiednią kalkulację ryzyka, kosztów, dobór specjalistów, co gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia i uzyskanie przez Wykonawcę zysku na satysfakcjonującym poziomie.

Istotne z punktu widzenia niniejszych wyjaśnień jest, że (TAJEMNICĘ

PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) Wskazać przy tym należy, że stawka za realizacje usług (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

2. SZCZEGÓŁOWA KALKULACJA CENY WRAZ Z DOWODAMI

Wykonawca po szczegółowej analizie zakresu prac wynikających z SWZ, w tym w szczególności OPZ oraz biorąc pod uwagę swoje szerokie doświadczenie w wykonywaniu analogicznych usług w przeszłości dla Zamawiającego przygotował szczegółowy model świadczenia usług z uwzględnieniem kosztów pracy dedykowanego i niezbędnego zespołu specjalistów, pozostałych kosztów w tym kosztów obsługi projektu, oprogramowania, sprzętu, prognozowanej inflacji, budżetu ryzyka, rezerwy oraz zakładanego poziomu zysku. Poniżej przedstawiamy zbiorcze zestawienie będące częścią modelu szczegółowego dla poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

Przedstawiona kalkulacja podzielona jest, podobnie jak w złożonej ofercie, na dwie części. Pierwsza część dotyczy wyceny usług utrzymania systemu, natomiast druga dotyczy wyceny świadczenia usług rozwojowych.

Wykonawca wziął pod uwagę wymagania przedstawione przez Zamawiającego w zakresie wielkości zespołu projektowego dedykowanego do realizacji zamówienia, jak również własną wiedzę praktyczną związaną z dotychczas wykonanymi pracami oraz najlepsze praktyki stosowane w przedmiotowym zakresie.

Kalkulacja uwzględnia też koszty pozaosobowe i skalkulowane na odpowiednim poziomie akceptowalnym przez korporację DXC marżę i ryzyko.

1) Oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy

a) Wiedza i doświadczenie

DXC wskazuje, że dotychczasowe doświadczenie w postaci realizacji umowy na tożsamy przedmiot zamówienia na rzecz Zamawiającego ma istotny wpływ na kalkulację ceny oferty. Bowiem w przeciwieństwie do innych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, Wykonawca posiada unikatową wiedzę zdobytą podczas wykonywania usług w zakresie utrzymania i rozwoju systemu na rzecz Zamawiającego, której z oczywistych względów, inni wykonawcy, nie posiadają.

W ocenie DXC nawet trzymiesięczny okres przejściowy gwarantowany przez Zamawiającego (podczas którego Wykonawca może zapoznawać się z rozwiązaniem, tj. m.in. jego architekturą, kodem, dokumentacją) nie może się równać z doświadczeniem płynącym z blisko czteroletniego okresu świadczenia usług utrzymania i modyfikacji systemu. Nadto zaznaczyć należy, że okres przejściowy, który umożliwia zapoznanie się z systemem jest bezpłatny, a dla wykonawcy wiąże się z koniecznością ponoszenia kosztów. Wykonywane dotychczas usługi, które swoim zakresem obejmowały w szczególności:

a) Utrzymanie systemów:

- SIOEPKZ
- SIOBZ

b) W ramach tego utrzymania:

- Obsługę błędów aplikacyjnych
- Dostosowywanie aplikacji do przepisów prawa (zmiany prawne)
- Obsługa backupów
- Utrzymanie baz danych
- Przygotowywanie raportów/zestawień
- Przeprowadzanie testów wydajnościowych i regresyjnych
- Instalacja aktualizacji i poprawek Microsoft.

c) Rozwój systemów:

- SIOEPKZ

• SIOBZ

d) W ramach tego rozwoju:

■ Zbieranie propozycji zmian aplikacyjnych

■ Konsultacje dotyczące zakresu zamawianych zmian

■ Przygotowanie analiz/specyfikacji/o pis ów zmian aplikacyjnych

■ Przeprowadzanie prezentacji zmian dla CKE

■ Wdrożenia

■ Szkolenia

e) Utrzymanie infrastruktury serwerowej

• Utrzymanie infrastruktury sprzętowej dla systemów SIOEPKZ i SIOBZ

f) Utrzymanie infrastruktury NON-IT

• Utrzymanie urządzeń takich jak agregat prądotwórczy, cctv etc.

pozwalają na obecnym etapie, dokonać oszczędności w kalkulacji zaoferowanej ceny, co z pewnością odróżnia sytuację DXC od innych wykonawców w Postępowaniu, którzy w braku wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usług na rzecz Zamawiającego muszą założyć inną skalę ryzyka, wdrożenia w projekt, zarówno w zakresie organizacyjnym jak i poznania systemu i charakterystyki pracy przez specjalistów skierowanych do realizacji zamówienia.

b) Realizacja umowy z CKE, a koszty związane z wdrożeniem w projektu

DXC jako obecny dostawca usług utrzymania i rozwoju systemu SIOEPKZ przy kalkulacji oferty na kontynuację w odróżnieniu od pozostałych oferentów nie był zmuszony uwzględniać w kalkulacji świadczonych usług tzw. „kosztów wejścia".

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Koszt ten powinien zostać skalkulowany w każdym przypadku przejmowania usług od podmiotu trzeciego.

c) Wpływ doświadczenia na kalkulację kosztów realizacji usług

Istotnym z punktu widzenia niniejszej sprawy jest fakt, że ze względu na realizację wyżej opisanej umowy dla CKE oraz prowadzoną działalność na rzecz innych instytucji państwowych DXC jest w posiadaniu know-how i doświadczenia ściśle związanego z przedmiotem zamówienia objętego niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług utrzymania i rozwoju systemu SIOEPKZ.

Nadmienić należy, że wiedza ta (niedostępna innym wykonawcom składającym oferty w niniejszym Postępowaniu) przekłada się też na stosowaną metodologię szacowania wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia.

Podmioty działające w branży informatycznej, realizujące projekty informatyczne posiadają własne metody szacowania wynagrodzenia należnego za ich realizację. Wykorzystując w tym zakresie posiadaną wiedzę i doświadczenie, z uwzględnieniem własnych narzędzi, metodologii i zasobów, oceniana jest pracochłonność projektu, na którą przekładają się ponoszone koszty (w tym w szczególności koszty osobowe), określa ryzyka projektowe a także szacuje możliwe do poniesienia oszczędności przy realizacji prac.

Posiadana wiedza ekspercka (baza wiedzy) nabyta przez DXC w ramach realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie dotychczas wykonywanych umów pozwala na ograniczenie kosztów związanych z uzyskaniem wiedzy technicznej i biznesowej oraz czasu niezbędnego do realizacji poszczególnych zadań.

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

2) Szczegółowa kalkulacja ceny zaoferowanej w Postępowaniu

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Dowód:

1) Prezentacja (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) Dowód nr 26
(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Dowód:

a) Prezentacja (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) Dowód nr 27
(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)
b. Świadczenie usług utrzymania systemu

1) Zakres usług - niezbędny zespół specjalistów

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Zamawiający w OPZ określił zakres usług świadczonych w ramach usługi utrzymania,

która obejmuje, w szczególności:

- Monitoring funkcjonowania infrastruktury (maszyny wirtualne, systemy operacyjne, aplikacje);
- Zarządzanie incydentami, awariami, problemami;
- Administracja bazami danych;
- Administracja infrastrukturą informatyczną;
- Administracja aplikacjami;
- Przeprowadzanie testów;
- Monitoring zmian w przepisach prawa i dostosowywanie systemu do zmian przepisów;
- Zapewnienie wsparcia technicznego Service Desk/Help Desk;
- Przejęcie zobowiązań gwarancyjnych;
- Inspekcja kompletności środowisk i kodu źródłowego;
- Utrzymanie na infrastrukturze dostarczonej przez Zamawiającego środowisk wskazanych

(...);

- Zapewnienie działania kanałów wewnętrznej komunikacji użytkowników;
- Raportowanie;
- Zarządzanie bazą wiedzy i konfiguracji;
- Audyt infrastruktury i oprogramowania zawiązanego z systemami;
- Zapewnienie ochrony ubezpieczeniowej kontraktu;

Zapewnienie dostępności członków zespołu oddelegowanego do realizacji kontraktu;

- Zapewnienie ciągłości działania.

Do realizacji w/w usług niezbędne jest oddelegowanie zespołu specjalistów. Jak już wskazał Wykonawca jego doświadczenie i unikalna wiedzy na temat charakterystyki systemu, największych zagrożeń i wyzwań związanych ze świadczonymi usługami, pozwoliła na ustalenie zespołu niezbędnego do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, w sposób zapewniający zachowanie wymagań Zamawiającego i pozwalający na ograniczenie ryzyka związanego z odpowiedzialnością kontraktową do minimum.

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Wykonawca poczynił powyższe ustalenia na bazie dotychczasowych doświadczeń w zakresie realizacji usług utrzymania dla Zamawiającego z uwzględnieniem OPZ przygotowanego przez Zamawiającego w Postępowaniu.

a) Średnie stawki zespołu specjalistów niezbędnego do realizacji usług

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Podsumowanie całkowitej ceny oferty w zakresie usług utrzymania

Wykonawca w przypadku kontynuacji świadczenia usług na rzecz Zamawiającego nie ponosi dodatkowych kosztów związanych z wyżej opisanym okresem przejściowym tzn. koszty wejścia, które w swojej kalkulacji musieli uwzględnić pozostali oferenci. Co wynika również bezpośrednio z treści ofert złożonych przez:

1. Konsorcjum w składzie: Comarch Polska S.A., Comarch S.A., PKP Informatyka Sp. z o.o., które zaoferowało kwotę wynagrodzenia za świadczenie usług utrzymania systemu w pierwszych 12 miesiącach w kwocie 3 053 698,86 PLN brutto, co daje kwotę miesięczną brutto na poziomie 254 474,91 PLN; podczas gdy cena brutto na pozostały okres umowy wynosi 150 794,31 PLN brutto;

2. Invent0n spółka z o.o. z kolei wycenił te usługi w stałej kwocie miesięcznej 184 5 00 PLN brutto, co pozwala przyjąć założenie, że wyższa niż DXC stawka za utrzymanie systemu wynika z rozłożenia kosztów wejścia w projekt na cały okres świadczenia usług „cost deferral".

W związku z powyższym DXC założyło stałe wynagrodzenie miesięczne przez cały okres świadczenia usług utrzymania systemu, w tym przez pierwsze 12 miesięcy, które skalkulowano na poziomie 1 761 252,00 PLN brutto.

Wynagrodzenie DXC z tytułu utrzymania systemu w ramach prawa opcji zostało utrzymane

na niezmiennym poziomie.

c. Świadczenie usług rozwoju systemu

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

KONIEC TREŚCI WYJAŚNIEŃ STANOWIĄCEJ TAJEMNICE PRZEDSIĘBIORSTWA
POCZĄTEK TREŚCI JAWNEJ ZASTRZEŻENIA TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

3. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, co do których uprawniony przedsiębiorca podjął przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności.

Aktualne brzmienie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest skutkiem implementacji art. 2 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, w świetle którego tajemnica przedsiębiorstwa oznacza: „informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy;"

W motywach dyrektywy wskazano na konieczność przyjęcia jednolitej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

„Należy przyjąć jednolitą definicję tajemnicy przedsiębiorstwa bez ograniczania zakresu ochrony przed przywłaszczeniem. Taka definicja powinna zatem być sformułowana w sposób uwzględniający know-how, informacje handlowe i informacje techniczne w przypadkach, w których istnieje zarówno uzasadniony interes w utrzymaniu poufności, jak i uzasadnione oczekiwanie, że taka poufność zostanie zachowana. Ponadto taki know-how lub informacje powinny mieć rzeczywistą lub potencjalną wartość handlową. Takie informacje lub know-how powinny być uważane za informacje o wartości handlowej wówczas, gdy przykładowo ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania."

Z powyższych motywów dyrektywy jasno wynika, że jednym z celów jej przyjęcia jest rozszerzenie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo ustawodawca europejski

w motywach ww. dyrektywy wprost określił jak ważne i wartościowe dla przedsiębiorcy są informacje i know-how, które stanowią o jego rynkowej przewadze konkurencyjnej. Zgodnie z motywem 1 preambuły dyrektywy: „Przedsiębiorstwa i instytuty badawcze o charakterze niekomercyjnym inwestują w pozyskiwanie, opracowywanie i wykorzystywanie know-how i informacji, które są walutą gospodarki opartej na wiedzy oraz zapewniają przewagę konkurencyjną. lnwestycja w tworzenie i wykorzystywanie kapitału intelektualnego jest czynnikiem decydującym dla konkurencyjności i osiągnięć wynikających z innowacyjności na rynku."

Z kolei w motywie 2 dyrektywy podkreślono jak ogromną wartość ma tajemnica przedsiębiorstwa, skutkiem czego podlegać powinna ona szczególnej ochronie: „Przedsiębiorstwa, niezależnie od ich wielkości, uznają tajemnice przedsiębiorstwa za równie wartościowe jak patenty i inne rodzaje praw własności intelektualnej. Wykorzystują one

poufność jako narzędzie zarządzania konkurencyjnością przedsiębiorstw i innowacjami w działalności badawczej, a także do szerokiej gamy informacji, wykraczających poza wiedzę techniczną i dane handlowe, takich jak informacje dotyczące klientów i dostawców, biznesplany oraz badania i strategie rynkowe. (...) Poprzez ochronę tak szerokiego zakresu know-how i informacji na temat przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy równocześnie z prawami własności intelektualnej, czy zamiast tych praw, tajemnice przedsiębiorstwa pozwalają twórcom i innowatorom na czerpanie korzyści z ich twórczości i innowacji, a co za tym idzie są szczególnie ważne zarówno dla konkurencyjności przedsiębiorstw, jak i dla badań i rozwoju oraz osiągnięć wynikających z innowacyjności."

Nie bez znaczenia dla zakresu nowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa były okoliczności podkreślone w motywie 4 preambuły do dyrektywy:

„lnnowacyjne przedsiębiorstwa są w coraz większym stopniu narażone na nieuczciwe praktyki - zarówno wewnątrz Unii, jak i poza nią - mające na celu przywłaszczenie tajemnic przedsiębiorstwa, takie jak np. kradzież, nieuprawnione kopiowanie, szpiegostwo gospodarcze czy naruszenie wymogów poufności. Ostatnie zmiany takie jak globalizacja, powszechniejszy outsourcing, dłuższe łańcuchy dostaw i powszechniejsze wykorzystywanie technologii informacyjno- komunikacyjnych, przyczyniają się do zwiększenia ryzyka występowania tych praktyk."

Aby informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą,

2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

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

Pomimo nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji aktualność zachowuje przywołane w niniejszym piśmie stanowisko Krajowej lzby Odwoławczej odnośnie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, tajemnica przedsiębiorcy uległa wzmożonej ochronie, co nie może być pominięte przy ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy w świetle ustawy PZP w aktualnym stanie prawnym.

Krajowa lzba Odwoławczej w swym wyroku z dnia 8 października 2010 r. (sygn. akt.: KIO 2079/10, dalej: „KIO" lub „lzba"), uznała, że:

„informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, for muf chemicznych, wzorów i metod działania. lnformacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. (...) Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą."

Należy także zauważyć, że zgodnie ze stanowiskiem Stanisława Sołtysińskiego (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, wyd. lll, 2013): „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy."

KONIEC TREŚCI JAWNEJ ZASTRZEŻENIA TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA
POCZĄTEK TREŚCI TAJNEJ ZASTRZEŻENIA TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

4. WYKAZANIE PRZESŁANEK, O KTÓRYCH MOWA W ART. 11 UST. 2 USTAWY O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURENCI

1) Informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartości gospodarcze.

DXC wskazuje, że informacje zawarte w kalkulacjach i wyjaśnieniach do nich mają dla Spółki przede wszystkim charakter organizacyjny, techniczny i technologiczny oraz posiadają konkretną wartość gospodarczą.

Na podstawie tych informacji inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o polityce cenowej, potencjale Spółki, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy jak i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez wiele lat funkcjonowania DXC na rynku. Sektor, w którym DXC działa jest wysoce konkurencyjny oraz podlega stałemu i dynamicznemu rozwojowi technologicznemu, co powoduje, że podmioty konkurujące ze sobą na tym rynku muszą realnie dbać o swój potencjał konkurencyjny.

Powzięcie przez konkurentów DXC wiedzy o informacjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa może mieć rzeczywisty i negatywny wpływ na pozycję rynkową Spółki, znacznie ją osłabiając, a tym samym uniemożliwić DXC zdobywanie kontraktów, zarówno w sektorze publicznym jak i niepublicznym. Dla większości firm, w tym dla DXC, sam fakt nawiązania współpracy handlowej stanowi tajemnicę handlową i nie podlega on publicznej wiadomości, nie wspominając o warunkach finansowych takiej współpracy.

Tym samym uznać należy, że zastrzeżone na mocy niniejszego pisma informacje bezsprzecznie mają dla Spółki charakter technologiczny, gospodarczy i organizacyjny przedsiębiorstwa.

W świetle wyroku KIO z dnia 23 maja 2017 r., sygn. akt KIO 917/17:

„Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) musi mieć przynajmniej minimalnej wartość gospodarczą. Można zatem zauważyć, że wszystkie informacje składające się na zbiorcze pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa" muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski."

2) Informacje, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób

Odnosząc się do drugiej spośród przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przede wszystkim wskazać należy, że wynikają z niej następujące wnioski:

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

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

Ad 1)

Wszystkie dane, oświadczenia i kalkulacje zastrzeżone przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie są ani powszechnie znane ani łatwo dostępne innym osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, w szczególności jako zespół (komplet) informacji, w kształcie i treści tożsamej z informacją złożona w Postępowaniu.

W szczególności należy zauważyć, że załączone w ramach złożonej oferty kalkulacje świadczą o potencjale ekonomicznym i możliwej przewadze nad konkurencją i zawierają informacje o charakterze biznesowym i organizacyjnym mające realną wartość gospodarczą. Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji usankcjonowała wyrażany od wielu lat w orzecznictwie obowiązek zamawiającego badania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zestawienia i zbioru elementów takiej informacji. Tytułem przykładu należy

jedynie wskazać:

1) wyrok Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/2006 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt. Ca 3061/11, w świetle których nawet w sytuacji, gdy poszczególne elementy zbioru informacji są jawne, nie decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi informacji;

2) wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt. KIO 2421/17, w świetle, którego:

Jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę".

Ad 2)

Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa na mocy niniejszego pisma nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Nie istnieje możliwość pozyskania ich w normalnym i zgodnym z prawem toku działania, np. za pośrednictwem Internetu lub w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Z uwagi na szczególne wymagania danego zamawiającego, kalkulacje przygotowane przez DXC są „skrojone" i dostosowane do specyfiki danej umowy. Taka sytuacja zachodzi także w niniejszym Postępowaniu. Skoro DXC nie udostępnia żadnym podmiotom, poza przypadkami wynikającymi z przepisów prawa, informacji o metodach wyceny, pozyskanych rabatach i sposobie korzystania z nich, tym bardziej kalkulacje złożone w Postępowaniu nie są ani łatwo ani powszechnie dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji.

3) Podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności

DXC podjął wszelkie niezbędne działania oraz środki techniczno-organizacyjne, których celem było utrzymanie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w poufności, między innymi poprzez:

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Katalog podejmowanych działań, które Spółka podjęła w celu ochrony poufności informacji jest ciągle rozbudowany i wielopłaszczyznowy, a ich wspólnym celem jest kompleksowa ochrona i zachowanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Spółka aktywnie wykorzystuje swój know-how jako podmiotu z branży IT w celu zapewnieniu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę bezpieczeństwa. Podjęte przez DXC działania są typowe dla przedsiębiorców świadczących usługi IT którzy zabezpieczają swoje systemy przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich do informacji.

Jednocześnie należy wskazać, że w literaturze przedmiotu należyta staranność przedsiębiorcy nie jest interpretowana jako staranność absolutna, gdyż:

„sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności, co nie oznacza, że chodzi tu o jakieś wyjątkowe miary staranności, które odbiegają od samego ujęcia kryterium należytej staranności w stosunkach cywilnoprawnych (Komentarz, Tom I, wyd. 9, pod red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018)

Podsumowanie i uzasadnienie zastrzeżenia informacji wskazanych w niniejszym piśmie, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności po nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi dobro niematerialne przedsiębiorcy podlegające szczególnej ochronie. Mając na uwadze zaprezentowane wyjaśnienia, poparte konkretną argumentacją odnoszącą się do specyficznej sytuacji DXC na rynku usług IT, należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie bezsprzecznie zaistniały wszystkie trzy przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje należy taktować jako niejawne. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2377/17:

„w świetle art. 8 ust. 3 ustawy zamawiający nie jest zobowiązany, a wręcz nie jest uprawniony do udostępniania informacji stanowiących skutecznie zastrzeżona tajemnice przedsiębiorstwa - zasada jawności protokołu wraz z załącznikami wyrażona w ustawy w tym zakresie doznaje ograniczenia."

Spółka pragnie również podkreślić, że art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2018 poz. 1330) stanowi, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy (...). Zatem ujawnienie informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa DXC również w oparciu o ustawę o dostępie do informacji publicznej nie jest możliwe. Niezależnie od powyższego, DXC wskazuje, iż naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa będzie stanowiło naruszenie słusznych i prawnie chronionych interesów Spółki, a tym samym będzie prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej. Wszystkie informacje oznaczone przez Spółkę, jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały przez nią zabezpieczone w należyty sposób przed powszechnym dostępem do nich. Żadna z tych informacji nie była opublikowana i nie ustanowiono dla niej publicznego dostępu.

Jednocześnie DXC wskazane powyżej fragmenty pisma jako zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Spółka podkreśla, że ujawnienie niniejszego pisma niweczyłoby cel, jaki DXC zamierza osiągnąć zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa pozostałe dokumenty wchodzące w skład oferty, ponieważ w treści niniejszego pisma znajdują się bezpośrednie odniesienia do ww. dokumentów, jak również szczegółowe wiadomości dotyczące strategii ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Spółki.

W świetle powyższego niniejsze zastrzeżenie informacji wskazanych w pierwszym akapicie pisma, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest w pełni uzasadnione.

Wszystkie załączniki do niniejszych wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

LSTA ZAŁĄCZNIKÓW TAJNA:

Dowód 1

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

UWAGA:

DXC Technology Polska sp. z o.o. zastrzega treść niniejszego pisma oraz załączników do pisma jako informacje „stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

Treść wyjaśnień oraz załączników do pisma w podanym zakresie, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może być udostępniana publicznie, w szczególności innym wykonawcom w postępowaniu.”.

W dniu 13.09.2021 r. Zamawiający wezwał DXC Technology Polska Sp. z o.o. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w następującym zakresie. W dalszej części przytoczono ich treść w wersji przekazanej innym Wykonawcom: „(...) (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) 2. Wyjaśnienia rozbieżności w zakresie (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) 3. Wyjaśnienia czy (i jeśli tak) w jakim miejscu Wykonawca uwzględnił koszt wymaganej przez Zamawiającego polisy OC.”.

W dniu 15.09.2021 r. DXC Technology Polska Sp. z o.o. złożyło dodatkowe wyjaśnienia. W dalszej części przytoczono ich treść w wersji przekazanej innym Wykonawcom: „(...) Zamawiający wezwał DXC do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie: (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Z uwagi na powyższe Zamawiający wzywa Wykonawcę do przedstawienia metodologii wyliczenia wynagrodzenia, w tym kosztów pracodawcy dla każdej ze wskazanej roli w procesie a także średniej stawek za roboczogodzinę dla każdej ww. roli.

2. Wyjaśnienia rozbieżności w zakresie (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) 3. Wyjaśnienia czy (i jeśli tak) w jakim miejscu Wykonawca uwzględnił koszt wymaganej przez Zamawiającego polisy OC.

Na wstępie DXC wskazuje, że wszelkie założenia przyjęte w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny w Postępowaniu, są prawidłowe i wskazują na możliwości wykonania przedmiotu zamówienia po zaoferowanych Zamawiającemu cenach za świadczenie usług utrzymania systemu jak i usług rozwoju systemu.

Nadto podkreślić należy, że metodologia kalkulacji przyjęta w wyjaśnieniach zachowuje swoją aktualność, a (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) nie mają wpływu na prawidłowość przyjętej metodologii. Z treści złożonych wyjaśnień wynika, przede wszystkim jakie czynniki obiektywne miały wpływ na możliwość kalkulacji zaoferowanej ceny. W każdym przypadku Wykonawca wykazał zysk z realizacji usług oraz wskazał na koszty jakie są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się bezpośrednio do treści wezwania Zamawiającego, Spółka wskazuje:

Ad 1 - (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Ad 2 pkt 1) - rozbieżności - (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) DXC zaznacza ponownie, że wskazane wyżej niedopatrzenia, nie mają wpływu na metodologię przyjętych kalkulacji oraz założeń Spółki uwzględnionych w wyjaśnieniach z dnia 10 września 2021 r., które potwierdzają, że zaoferowane Zamawiającemu w Postępowaniu ceny, są realne i potwierdzają możliwość realizacji przedmiotu zamówienia z zachowaniem wszelkich wymagań określonych w dokumentacji zamówienia, a przede wszystkim gwarantują

Wykonawcy zysk na odpowiednim poziomie, co za tym idzie potwierdzają, że nie sposób uznać oferty DXC w Postępowaniu, jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Niedopatrzenia te nie mają również wpływu na prawidłowość ceny zaoferowanej w Postępowaniu przez DXC.

Ad 2 pkt 2) - rozbieżności - (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) DXC zaznacza ponownie, że wskazane wyżej niedopatrzenia, nie mają wpływu na metodologię przyjętych kalkulacji oraz założeń Spółki uwzględnionych w wyjaśnieniach z dnia 10 września 2021 r., które potwierdzają, że zaoferowane Zamawiającemu w Postępowaniu ceny, są realne i potwierdzają możliwość realizacji przedmiotu zamówienia z zachowaniem wszelkich wymagań określonych w dokumentacji zamówienia, co za tym idzie potwierdzają, że nie sposób uznać oferty DXC w Postępowaniu, jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Niedopatrzenia te nie mają również wpływu na prawidłowość ceny zaoferowanej w Postępowaniu przez DXC.

Ad 3 - koszty polisy OC

DXC wskazuje, ze koszty polis uwzględniony został (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Wykonawca utajnia całość niniejszego pisma i załączników jako zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Szczegółowe uzasadnienie podstaw prawnych i faktycznych utajnienia treści informacji i dokumentów wraz z dowodami została już przedstawiona Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu, w szczególności w pismach zawierających uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych w niniejszym Postępowaniu, w tym w wyjaśnieniach ceny zaoferowanej w Postępowaniu.

Załączniki:

1. Oświadczenie (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

UWAGA:

DXC Technology Polska sp. z o.o. zastrzega treść niniejszego pisma oraz załączników do pisma jako informacje „stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

Treść wyjaśnień oraz załączników do pisma w podanym zakresie, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może być udostępniana publicznie, w szczególności innym wykonawcom w postępowaniu.”.

Jednocześnie, Zamawiający pismem z 31.08.2021 r. wezwał DXC Technology Polska Sp. z o.o. do: „(...)aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych; tj. wszystkich opisanych w rozdziale IX Specyfikacji Warunków Zamówienia (z wyłączeniem JEDZ), celem potwierdzenia wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (...)”.

W odpowiedzi, DXC Technology Polska Sp. z o.o. pismem z 10.09.2021 r. złożył niniejsze dokumentu i jednocześnie wskazał. W dalszej części przytoczono treść w wersji

przekazanej innym Wykonawcom: „(...) 1) wykazie osób skierowanych przez DXC do realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;

2) wykazie usług przedstawianych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w Postępowaniu wraz z załącznikami,

3) formularzu JEDZ;

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, dalej: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji").

Mając na uwadze powyższe, treść zastrzeżonych wykazów i certyfikatów nie może być udostępniana publicznie, w tym także innym wykonawcom uczestniczącym w Postępowaniu, na podstawie art. 18 ust. 3 w związku z art. 18 ust. 1 ustawy PZP.

Zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte w art. 18 ust. 3 ustawy PZP postanowienie umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji niepodlegających udostępnieniu.

I. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, co do których uprawniony przedsiębiorca podjął przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności.

Aktualne brzmienie art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest skutkiem implementacji art. 2 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, w świetle którego tajemnica przedsiębiorstwa oznacza: „informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi: a) sq poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy;"

Z kolei w motywie 2 dyrektywy podkreślono jak ogromną wartość ma tajemnica przedsiębiorstwa, skutkiem czego podlegać powinna ona szczególnej ochronie: „Przedsiębiorstwa, niezależnie od ich wielkości, uznają tajemnice przedsiębiorstwa za równie wartościowe jak patenty i inne rodzaje praw własności intelektualnej. Wykorzystują one poufność jako narzędzie zarządzania konkurencyjności przedsiębiorstw i innowacjami w działalności badawczej, a także do szerokiej gamy informacji, wykraczających poza wiedzę techniczną i dane handlowe, takich jak informacje dotyczące klientów i dostawców, biznesplany oraz badania i strategie rynkowe. (...) Poprzez ochronę tak szerokiego zakresu know-how i informacji na temat przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy równocześnie z prawami własności intelektualnej, czy zamiast tych praw, tajemnice przedsiębiorstwa pozwalają twórcom i innowatorom na czerpanie korzyści z ich twórczości i innowacji, a co za tym idzie są szczególnie ważne zarówno dla konkurencyjności przedsiębiorstw, jak i dla badań i rozwoju oraz osiągnięć wynikających z innowacyjności."

Aby informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą,

2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) podjęto co do tych informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu

utrzymania ich w poufności.

Pomimo nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji aktualność zachowuje przywołane w niniejszym piśmie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, tajemnica przedsiębiorcy uległa wzmożonej ochronie, co nie może być pominięte przy ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorcy w świetle ustawy PZP w aktualnym stanie prawnym.

Krajowa Izba Odwoławczej w swym wyroku z dnia 8 października 2010 r. (sygn. akt.: KIO 2079/10, dalej: „KIO" lub „Izba"), uznała, że: „informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. (...) Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą."

II. WYKAZANIE PRZESŁANEK, O KTÓRYCH MOWA W ART. 11 UST. 2 USTAWY O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

1) Informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartości gospodarcze.

Uwagi ogólne

DXC wskazuje, że informacje zawarte w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, w wykazie wykonanych usług wraz z referencjami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, mają dla Spółki przede wszystkim charakter organizacyjny, techniczny i technologiczny oraz posiadają konkretną wartość gospodarczą.

Na podstawie tych informacji inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale Spółki, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy jak i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez wiele lat funkcjonowania DXC na rynku usług IT, zarówno polskim jak i międzynarodowym. Sektor technologii informatycznych jest wysoce konkurencyjny oraz podlega stałemu i dynamicznemu rozwojowi technologicznemu, co powoduje, że podmioty konkurujące ze sobą na tym rynku muszą realnie dbać o swój potencjał konkurencyjny. Powzięcie przez konkurentów Spółki wiedzy o informacjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa może mieć rzeczywisty i negatywny wpływ na pozycję rynkową DXC znacznie ją osłabiając, a tym samym uniemożliwić Spółce (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) W szczególności należy zauważyć, że nasilające się od dłuższego czasu zjawisko tzw. „rynku pracownika", na którym mniejsza jest podaż pracownika, jest szczególnie widoczne w branży IT. Dzięki powszechnej globalizacji polscy programiści, zwłaszcza ci wysoko wykwalifikowani, maja dostęp do szerokiego, nie tylko polskiego rynku IT, co powoduje, ze braki kadrowe sa realnym zagrożeniem dl podmiotów - pracodawców z tej branży. (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) Ponadto dla większości firm, w tym dla Spółki, sam fakt nawiązania współpracy handlowej stanowi tajemnicę handlową i nie podlega on publicznej wiadomości, nie wspominając o warunkach finansowych takiej współpracy. A więc ujawnienie informacji o osobach, którymi DXC dysponuje w celu realizacji zamówienia, oraz ich kwalifikacjach zawodowych na potrzeby realizacji zamówienia, może doprowadzić do próby „podkupienia" pracowników DXC. Ryzyko takiego działania nie jest wyłącznie potencjalne czy hipotetyczne, ale realne i miało już wielokrotnie miejsce w przeszłości.

Z kolei dostęp konkurencji Spółki do informacji zawartych wykazie wykonanych usług stwarza ryzyko uzyskania informacji na temat kontrahentów DXC oraz na temat warunków współpracy między DXC a jego kontrahentami.

Tym samym uznać należy, że zastrzeżone na mocy niniejszego pisma informacje bezsprzecznie mają dla Spółki charakter technologiczny, gospodarczy i organizacyjny przedsiębiorstwa.

Jeżeli chodzi zaś o formularz JEDZ, zawarte są w nim informacji na temat ewentualnej współpracy DXC z podmiotami trzecimi, czy też jej braku. Co przekłada się bezpośrednio na strategię biznesową w Postępowaniu przyjętą przez Wykonawcę.

W świetle wyroku KIO z dnia 23 maja 2017 r., sygn. akt KIO 917/17: „Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) musi mieć przynajmniej minimalna wartość gospodarczą. Można zatem zauważyć, że wszystkie informacje składające się na zbiorcze pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa" muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski." Dalsze uzasadnienie ww. przesłanki należy rozpatrzyć w zależności od rodzaju oświadczenia objętego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ad. wykaz osób skierowanych przez DXC do realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu

Informacje zastrzeżone przez Spółkę, a zawarte w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, mają przede wszystkim charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, techniczny oraz posiadają istotną wartość gospodarczą.

Podkreślić należy, że sam fakt zatrudnienia czy współpracy z określonym specjalistą z danej branży oraz zakres jego kwalifikacji, zdobytych certyfikatów stanowi tajemnicę handlową i nie podlega publicznemu udostępnieniu. Poprzez uzyskanie takich informacji konkurencja DXC uzyskałaby szczegółową wiedzę na temat zakresu i możliwości posiadanego przez Spółkę potencjału. Spółka wskazuje, że dla przedsiębiorcy już sam fakt nawiązania współpracy z konkretną osobą jest w szczególny sposób chroniony. Informacje na temat osób współpracujących z Wykonawcą, warunków tej współpracy oraz jej zakresu nie są powszechnie dostępne i ujawniane do wiadomości publicznej.

Gdyby informacje te zostały ujawnione, konkurenci działający na tym samym rynku mogliby, na przykład, podejmować próby „podkupienia" osób wskazanych przez DXC, uzyskując jednocześnie bezcenną wiedzę o jej możliwościach i potencjale, lub odpowiednio o ich braku. Powyższe zdecydowanie wpłynęłoby na pozycję Spółki na rynku poprzez znaczne jej osłabienie. Spółka jednocześnie nadmienia, że podejmowanie prób „podkupienia" nie jest jedynie hipotetycznym ryzykiem tylko realną sytuacją, z którą Spółka miała już w przeszłości do czynienia. Istotne z punktu widzenia prób „przejęcia" osób zatrudnionych czy współpracujących z DXC jest fakt, że jak Wykonawca wskazywał wcześniej (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) Z pewnością utrata takich pracowników byłaby dotkliwa w skutkach dla Wykonawcy, oznaczać by to mogło ograniczenie możliwości konkurowania na rynku w branży IT. Ponadto ujawnienie danych tych osób oraz ich kwalifikacji, a w konsekwencji „przejęcie" personelu Wykonawcy mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której DXC nie byłoby w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego, którą ma szanse zawrzeć w Postępowaniu. Możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 września 2019 r., sygn. KIO 1757/19, Izba w wyroku podzieliła również poglądy związane z ryzykiem jakie generuje „przejęcie" zespołu skierowanego do realizacji przedmiotu zamówienia: „Ujawnienie wskazanego zespołu osób naraża wykonawcę na agresywne działania konkurencji polegające w szczególności na próbie podkupienia kluczowych pracowników. Działania takie mogą mieć na celu przejęcie kluczowej kadry (stanowiącej przecież podstawowy kapitał firmy informatycznej) w celu zatrudnienia jej u konkurencyjnego przedsiębiorcy. Przede wszystkim jednak tego rodzaju działania może mieć na celu utrudnienie realizacji tego konkretnego zamówienia. Niewątpliwie bowiem wykaz osób zawiera dane konkretnych osób przeznaczonych do realizacji tego konkretnego zamówienia, podkupienie kluczowych pracowników (nawet nie wszystkich, ale choćby ich części) będzie miało nie tylko wpływ na ogólną bieżącą działalność spółki, ale przede wszystkim utrudnić może, a w skrajnych przypadkach wręcz uniemożliwić, realizację tego konkretnego zamówienia. Utrata bowiem kluczowego personelu stawia bowiem pod znakiem zapytania możliwości realizacyjne wykonawcy. Jednocześnie uzupełnienie zespołu nową kadrą nie jest procesem prostym i przede wszystkim szybkim (choćby np. przez okresy wypowiedzenia potencjalnych nowych pracowników). Dodatkowo zmiana kadry wymaga "wprowadzenia" nowych pracowników w istniejący już zespół, ich wdrożenia w kulturę organizacyjną i pracę, niekiedy ich przeszkolenie. To wszystko ma też oczywisty wpływ na powstanie dodatkowych kosztów."

Zjawisko drenażu wykwalifikowanych pracowników jest realnym zagrożeniem dla branży IT, na co wskazuje chociażby poniższy artykuł zamieszczony na portalu specjalizującym się w tematyce human resources:

„Już dziś w Polsce brakuje ok. 50 tys. wykwalifikowanych pracowników, a w Europie ponad 270 tys. Informatycy, którzy opuszczają mury polskich uczelni, maja szeroką wiedzę, a często już i doświadczenie w tworzeniu programów komputerowych lub coraz bardziej popularnych aplikacji mobilnych na telefony komórkowe oraz tablety. Czyli mają duży potencjał. Jednak tych specjalistów kształci się zbyt mało, aby pokryć zapotrzebowanie rynku. (...) Kadrowe braki nie są więc mitem. Nie wystarczy pójść śladem sieci handlowych, które podniosły wypłaty kasjerek o kilka procent. Żeby znaleźć kompetentnego programistę, trzeba się natrudzić. (...). Globalny rynek jest mieczem obosiecznym. Z jednej strony

wszystkim firmom daje dostęp do tak samo zamożnych klientów. Z drugiej - zagranicznym firmom daje dostęp do polskich pracowników."

DXC zwraca także uwagę na istotne stanowisko KIO zawarte w wyroku z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2745/17, zgodnie z którym:

Wartością chroniona przez wykonawcę jest informacja o podmiotach, z którymi współpracuje, w tym o pracownikach, których zatrudnia. Jak wskazano wyżej, jest to podyktowane zamiarem ochrony przed nieuczciwymi praktykami konkurencji, mogącymi w szczególności prowadzić do przejęcia współpracowników lub pracowników przez firmy konkurencyjne. Oczywistym jest zatem, że takie dane jak imię, nazwisko, wykształcenie, doświadczenie danej osoby czy jej kwalifikacje, są danymi dotyczącymi tej konkretnej osoby. Ochronie nie podlega jednak informacja, że dana osoba nazywa się w określony sposób, czy też - że ma ona takie bądź inne doświadczenie, lecz informacja, że wykonawca dysponuje taką właśnie, doświadczona bądź wykwalifikowana osoba. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca ma prawo chronić dostępu do wartościowych zasobów. Ponieważ w tym przypadku zasobem takim są poszczególni pracownicy/współpracownicy, do których dostęp można uzyskać posiadając wiedze o ich imieniu i nazwisku, dane te winny być z pewnością objęte ochrona jako informacja posiadająca dla wykonawcy wartość gospodarczą. Ochroną winny być objęte również wszelkie inne informacje, które w jakikolwiek sposób umożliwiają identyfikację takiej osoby (w szczególności konkretne dane dotyczące projektów, w których ta osoba brała udział).

Także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 marca 2007 r. o sygnaturze V Ca 421/07 stwierdził, że: „wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.". Wykaz osób stanowi informacje o niewątpliwej wartości dla firmy informatycznej, biorąc zwłaszcza pod uwagę sytuację na rynku pracy w tej branży i związane z tym ryzyko „podbierania" personelu. DXC podziela także stanowisko zawarte w następujących wyrokach KIO:

1. wyrok z dnia 13 maja 2010 r. sygn. akt 667/10: „(...) podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, która przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupywania". Nie budzi zaś wątpliwości, że tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto, Wykaz ten daje wiedze, co struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca. Na jego podstawie można bowiem ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot)."

2. wyrok z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt 908/13: „(...) informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez zamawiającego. Rynek informatyczny jest bowiem specyficznym rynkiem usług charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów. Tak więc informacje o konkretnych osobach, ich kwalifikacjach o doświadczeniu zawodowym, a tym samym potencjale kadrowym danego wykonawcy mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesadzają bowiem ludzie, gdyż na rynku tego rodzaju usług poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też Izba podzieliła w tym względzie stanowisko zamawiającego i przystępującego, uznając iż informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy przykładowo mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności." Spółka podkreśla, iż wykaz osób, zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie tylko z uwagi na ujawnienie w nim informacji na temat osób stanowiących personel, osoby współpracujące z DXC, ale także dlatego, że stanowią one zbiór informacji wskazujących na metodykę i politykę DXC w zakresie doboru i kierowania określonych osób do realizacji zamówienia, sposobie wykonywania umowy, metodyce rozwoju personelu Wykonawcy co świadczy o potencjale ekonomicznym i możliwej przewadze nad konkurencją. Są to informacje o charakterze ekonomicznym i organizacyjnym mające istotną wartość gospodarczą, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, jak również podjęto w stosunku do nich, z zachowaniem należytej staranności, określone działania mające na celu zachowanie ich poufności. Wobec tego zostały spełnione wszystkie przesłanki zastrzeżenia konkretnych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazać również należy, że poza informacjami identyfikującymi dane osoby jak imię

i nazwisko, dla zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa istotne są również projekty realizowane przez te osoby. Powszechną praktyką jest bowiem, że każda z tych osób pełniących istotne funkcje w realizacji projektu zobowiązana jest do zachowania poufności. Ewentualne ujawnienie tych informacji, tj. informacji o projektach mogłoby pozwolić na identyfikację danej osoby, a tym samym narazić ją na odpowiedzialność z tytułu naruszenia postanowień o zachowaniu poufności. Osoby te w części, również jako pracownicy zatrudnieni na podstawie umów o pracę zobowiązani byli i są do nieujawniania informacji związanych z wykonywaną pracą na rzecz pracodawcy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 13 maja 2010 r., w sprawie o sygn. akt KIO 667/10, w świetle którego: „Należy zwrócić uwagę na treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. V C5K 444/2006 (Monitor Prawniczy 2007/7 str. 342), zgodnie z którym na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy. Badając zasadność zastrzeżenia przez Wykonawcę części oferty, jako zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa, należy brać pod uwagę, jaką całość stanowią te informację. Dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć znaczenia, czy zastrzeżony dokument zawierałby informacje dotyczące zamówienia publicznego."

Ad. Wykaz wykonanych usług

Informacje zastrzeżone przez Spółkę, a zawarte w wykazie usług oraz załącznikach do niego mają przede wszystkim charakter organizacyjny, techniczny oraz posiadają realną wartość gospodarczą, gdyż ujawniają decyzje biznesowe i metodykę DXC związaną ze ścisłą współpracą z partnerami biznesowymi.

DXC przykłada wielką wagę do poufności danych dotyczących zrealizowanych przez niego usług, nie udostępniając do powszechnej wiadomości informacji związanych z realizowanymi czy wykonanymi usługami. Zbudowanie strategii w zakresie współpracy, czy metodyka działania DXC jest złożonym procesem biznesowo - technologicznym wynikającym z szerokiego i wieloletniego doświadczenia Spółki na rynku IT nie tylko w Polsce ale i na świecie, twórczego wkładu specjalistów zaangażowanych w jej wykonanie, stosowanych procedur wewnętrznych i podejmowanych decyzji biznesowych.

Podkreślić należy, że sam sposób świadczenia usługi stanowi tajemnicę handlową i nie podlega ujawnieniu do publicznej wiadomości. Poprzez uzyskanie takich informacji konkurencja DXC uzyskałaby szczegółową wiedzę na temat zakresu i możliwości posiadanego przez Spółkę potencjału. Prywatne firmy, takie jak DXC, chronią już samą informację o zawartych umowach lub łączących je powiązaniach handlowych z innymi podmiotami. Informacje takie przesądzają bowiem o możliwościach każdego wykonawcy i o jego potencjale, lub odpowiednio o ich braku.

Ta powszechnie przyjęta w obrocie handlowym zasada jest ściśle przestrzegana przez DXC i jej kontrahentów. Jej miarą jest zaufanie oraz możliwość podjęcia dalszej współpracy niezależnie od podstawy prawnej. Firmy chcące ujawniać takie informacje najczęściej udostępniają je wprost jako historię zrealizowanych projektów. W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że uprawnione jest traktowanie przez DXC za tajne informacji dotyczących wykonanych przez Spółkę zamówień i świadczonych usług.

DXC wskazuje ponadto, że (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) zobowiązuje DXC do zachowania w poufności informacji związanych z realizacją umów o współpracy.

Dowód: Umowa o zachowaniu poufności

Na podstawie tych danych inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale Spółki, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez Spółkę w ciągu wielu lat funkcjonowania na rynku i w branży IT. Tym samym przedstawione przez Spółkę wyjaśnienia stanowią jego know - how, wobec czego są informacjami o charakterze technologicznym oraz organizacyjnym przedsiębiorstwa i posiadają dla Spółki ogromną wartość gospodarczą.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zajmowała stanowisko, w świetle którego wykaz doświadczenia wykonawcy i fakt wykazywania się zamówieniami zdobytymi na rynku zamówień publicznych, gdzie pewne informacje można uzyskać poprzez dostęp do publicznych ogłoszeń o zamówieniach i jawne umowy w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza jeszcze, że dane te nie mogą stanowić tajemnicy handlowej. Sam fakt zawarcia jawnej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie niweczy możliwości zastrzeżenia pewnych informacji stanowiących element tej umowy jako objętych tajemnicą przedsiębiorcy (wyroki KIO 1797/11; KIO 1801/11; KIO 1807/11; KIO 1808/11; KI01813/11; KIO 1817/11).

Wykaz usług zawierają dużo bardziej szczegółowe informacje, niż wynikające choćby z ogłoszeń w zamówieniach publicznych, a wiedza, którą uzyskałby potencjalny konkurent Spółki po zapoznaniu się z nim pozwoliłaby mu na poznanie aspektów działalności Spółki, prześledzenie jego aktywności gospodarczej, w szczególności tego, jakie zamówienia zrealizował, kto był odbiorcą danych zamówień, oraz na uzyskanie informacji na temat przychodów w skali globalnej. Gdyby informacje te zostały ujawnione, konkurenci działający na tym samym rynku mogliby na przykład, podejmować próby „kopiowania" sposobu wykonania umowy, co stanowiłoby wymierną szkodę dla Spółki.

Wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, o którym mowa w niniejszym piśmie stanowi zespół informacji wskazujący na procesy technologiczne, organizacyjne i decyzyjne podejmowane przez Spółkę w zakresie funkcjonowania na rynku wykonawców i zamówień do jakich przystępuje. Jest to określony sposób realizacji umowy, stanowi know - how Wykonawcy i decydować może o powodzeniu w realizacji przedsięwzięcia, a co za tym idzie - w przewadze konkurencyjnej. Stanowi też szczegółową wiedzę o możliwościach DXC i potencjale, lub odpowiednio o ich braku. Powyższe zdecydowanie wpłynęłoby na pozycję Spółki na rynku poprzez znaczne jej osłabienie.

Wykaz usług, w tym sposobu ich realizacji zawiera informacje o niewątpliwej wartości dla każdej firmy informatycznej, w szczególności w kontekście aktualnej sytuacji na rynku w branży informatycznej i związanej z nim ryzyko „kopiowania" metodyki pracy przez konkurencję.

DXC zwraca również uwagę na wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2606/17, w świetle którego:

Przyjęte technologie, metody wykonania zamówienia wynikające z wiedzy i doświadczenia wykonawcy niewątpliwie stanowią informacje o charakterze technologicznym, zaś informacje dotyczące partnerów handlowych oraz zawartych przez wykonawcę umów (w tym z podwykonawcami i dostawcami) posiadają charakter handlowy. Informacje takie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeżeli zastrzeżone informacje świadczą o zastosowanych technologiach i przyjętych rozwiązaniach, które wynikają z doświadczenia i stanowią know-how przedsiębiorcy, to mają one wymierność wartość gospodarczą bowiem w pływaj q na wartość jego przedsiębiorstwa. Podobnie, informacje o charakterze handlowym, takie jak szczegóły współpracy z podwykonawcami oraz dostawcami mają wpływ na konkurencyjność wykonawcy, a tym samym posiadają dla niego wartość gospodarczą.

Także w wyroku z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt.: KIO/UZP 1068/08 Izba uznała, że wykaz usług przedsiębiorcy może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, dokonując jednocześnie interpretacji tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując że:

„Informacjami tymi są w szczególności informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o kontrahentach przedsiębiorcy, wielkości produkcji, czy też podpisanych umowach i kwotach z nich wynikających. Stanowią one niewątpliwie wartość gospodarcza, mająca znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym i wypełniają przesłankę określoną w art. 11 ust. 4 ZNKU. Izba przyznała, że dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępniane do wiadomości publicznej."

Mając na uwadze powyższe, informacje o wykonanych usługach DXC przedstawiło tylko i wyłącznie do wiadomości Zamawiającego i w celu wykazania przed Zamawiającym (a nie przed rynkowymi konkurentami) posiadanego potencjału niezbędnego do wykonania zamówienia.

Zasada, w świetle której informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie muszą być informacją pojedynczą lecz stanowią pewien szczególny zbiór i zestawienie informacji, została usankcjonowana w nowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. A więc taką tajemnicą będzie w szczególności zespół informacji mających realną wartość gospodarczą dla wykonawcy. Wykaz usług oraz odpowiadające mu referencje łącznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż na ich podstawie inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale technicznym i technologicznym Spółki.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na:

1. wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 2141/11, KIO 2183/11, KIO 2185/11, KIO 2189/11, KIO 2190/11, KIO 2191/11, KIO 2196/11, KIO 2198/11, w świetle którego: „Odnośnie wykazów usług. Izba wskazuje, że jest dopuszczalne zastrzeżenie wykazu, jako całości, zwłaszcza w kontekście uznania, że przedmiotowe wykazy mają walor szczególnego zestawienia, które w określonych warunkach mają wartość gospodarczą. Izba wskazuje w tym zakresie, za wyrokiem SN z dnia 22.02.2007 r., sygn. akt V CSK 444/2006,

iż fakt, że (...) ochronie prawnej podlegać może zbiór danych jako całość, nawet, jeżeli pewne elementy tego zbioru (tzn. pojedyncze informacje) sq podane do wiadomości publicznej".

wyrok KIO z dnia 13 maja 2010 r., w sprawie o sygn. akt KIO 667/10, w świetle którego: „Należy zwrócić uwagę na treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. V CSK 444/2006 (Monitor Prawniczy 2007/7 str. 342), zgodnie z którym na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy. Badając zasadność zastrzeżenia przez Wykonawcę części oferty, jako zawierającej tajemnice przedsiębiorstwa, należy brać pod uwagę, jaka całość stanowią te informacje. Dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć znaczenia, czy zastrzeżony dokument zawierałby informacje dotyczące zamówienia publicznego."

Spółka podkreśla, iż wykaz usług zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie tylko z uwagi na ujawnienie w nim informacji na temat wykonywanych usług, ale także dlatego, że stanowią one zbiór informacji wskazujących na metodykę i politykę DXC w zakresie podejmowanej współpracy oraz sposobu wykonywania umowy, co świadczy o potencjale ekonomicznym i możliwej przewadze nad konkurencją Spółki. Są to informacje o charakterze biznesowym i organizacyjnym mające istotną wartość gospodarczą, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, jak również podjęto w stosunku do nich wszelkie niezbędne działania mające na celu zachowanie ich poufności. Wobec tego zostały spełnione wszystkie przesłanki zastrzeżenia konkretnych danych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ad. Formularz JEDZ

DXC wskazuje, że w formularzu JEDZ zostały zawarte informacje istotne z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, takie jak m.in. kwestia polegania bądź niepolegania na zasobach podmiotu trzeciego czy też przewidywany udział podwykonawców w realizacji zamówienia.

Elementy te mają bezpośredni związek z kwestią przygotowania oferty przez DXC i sposobu kalkulacji ceny w Postępowaniu, co zdaniem Wykonawcy ma znaczną wartość gospodarczą. Pozwala bowiem na ustalenie strategii działania i decyzji podejmowanych przez Spółkę w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.

2) Informacje, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób

Odnosząc się do drugiej spośród przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przede wszystkim wskazać należy, że wynikają z niej następujące wnioski:

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

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

Ad 1)

Zarówno wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia jak i wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, a także formularz JEDZ zastrzeżone przez DXC jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie są ani powszechnie znane ani łatwo dostępne innym osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, w szczególności jako zespół (komplet) informacji, w kształcie i treści tożsamej z informacją złożona w Postępowaniu.

W szczególności należy zauważyć, że wykaz osób skierowanych przez DXC do realizacji zamówienia pokazują jakim zespołem i o jakich kwalifikacjach jego poszczególnych członków dysponuje Spółka, co w sposób oczywisty przekłada się na sposób, szybkość i sprawność realizacji zamówienia. Taki zespół informacji ujawnia także politykę kadrową DXC i dobór pracowników i innych osób zaangażowanych do realizacji konkretnego zamówienia. Wykaz taki świadczy o potencjale ekonomicznym i możliwej przewadze nad konkurencją i zawiera informacje o charakterze biznesowym i organizacyjnym mające realną wartość gospodarczą.

Zestawienie informacji w postaci wykazu zrealizowanych usług wraz z dokumentami

potwierdzającymi ich należyte wykonanie ujawnia metodykę i politykę DXC w zakresie doboru kontrahentów, partnerów biznesowych, wyboru „rynku zamawiających", co wskazuje na pewną specjalizację Spółki. Wybór określonych segmentów, w których wykonawcy realizują zamówienia nie jest bowiem przypadkowy i jest wynikiem decyzji biznesowej popartej zdobytym doświadczeniem. Może więc dawać konkurencji wiedzę, w jakich postępowaniach DXC weźmie w przyszłości udział, a w jakich nie, wpływając w ten sposób przykładowo na decyzję o złożeniu oferty przez konkurencję jak i jej warunkach cenowych. Sposób wykonywania umowy na co wskazują referencje również świadczy o potencjale ekonomicznym i możliwej przewadze nad konkurencją. O tym potencjale świadczą również informacje zawarte w formularzu JEDZ. Są to informacje o charakterze biznesowym i organizacyjnym mające realną wartość gospodarczą. Jak zostało wskazane powyżej, fakt, iż elementem wykazu są usługi zrealizowane w reżimie zamówień publicznych, nie odbiera zestawieniu zrealizowanych usług charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasada ta uległa wzmocnieniu po nowelizacji art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji usankcjonowała wyrażany od wielu lat w orzecznictwie obowiązek zamawiającego badania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zestawienia i zbioru elementów takiej informacji. Tytułem przykładu należy jedynie wskazać:

1) wyrok Sądu Najwyższego z 22 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/2006 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 sierpnia 2012 r., sygn. akt. Ca 3061/11, w świetle których nawet w sytuacji, gdy poszczególne elementy zbioru informacji są jawne, nie decyduje to o odebraniu przymiotu poufności całemu zespołowi informacji;

2) wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt. KIO 2421/17, w świetle którego: „jakkolwiek pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowię tajemnicy przedsiębiorstwa ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę".

Również certyfikaty, którymi posługuje się Spółka w ramach przedmiotowego postępowania stanowią istotny element zbioru, o czym wspomina KIO w cytowanym już wyroku z dnia 31 grudnia 2012 r., KIO 2765/12:b„Wobec faktu, że ochronie w tym przypadku podlega zbiór informacji - tj. zestaw dobranych osób, również za prawidłowo zastrzeżone należy uznać dokumenty w postaci certyfikatów Prince 2 lub równoważnych i certyfikaty odbycia szkoleń. Ujawnienie tych dokumentów pozwalałoby na częściowe odtworzenie informacji zawartych w zbiorze (...)

Ad 2)

Informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa na mocy niniejszego pisma nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. DXC konsekwentnie zastrzega jako tajemnica przedsiębiorstwa wykaz zrealizowanych usług i osób skierowanych do realizacji zamówienia i wykazy te nie były odtajniane przez żadnego z publicznych zamawiających.

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) Inne podmioty z branży IT i konkurencja DXC, a więc osoby „zwykle" zajmujące się tego rodzaju informacjami, nie mają zatem dostępu do informacji podanych w wykazach. Nie istnieje możliwość pozyskania tych informacji w normalnym i zgodnym z prawem toku działania, np. za pośrednictwem Internetu lub w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. DXC korzysta z własnych zasobów przy realizacji projektów i ograniczył dostęp do informacji mających przymiot informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie do niezbędnego grona osób w ramach Spółki.

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Zauważyć także należy, że duża rotacja pracowników w branży IT powoduje, że raz złożony wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, stracić może aktualność w dość krótkim odcinku czasu, a zatem nawet zakładając hipotetyczną sytuację ujawnienia takiego wykazu nie można wykluczyć, że ów wykaz przestanie być aktualny, a każdy kolejny wykaz wymaga oceny pod kątem powszechnego dostępu do niego przez inne podmioty z danej branży. Zespół osób oddelegowanych do realizacji zamówienia, z uwagi na szczególne wymagania danego zamawiającego, z reguły jest także „skrojony" i dostosowany do specyfiki danej umowy. Taka sytuacja zachodzi także w niniejszym Postępowaniu. Skoro DXC nie udostępnia żadnym podmiotom, poza przypadkami wynikającymi z przepisów prawa, informacji o zawartych umowach i kontrahentach oraz o zasobie kadrowym, tym bardziej wykazy złożone w Postępowaniu nie są ani łatwo ani powszechnie dostępne dla osób zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

Dokumenty takie nie są więc udostępniane w toku normalnej działalności. Przedstawiane są

wyłącznie zamawiającemu na potrzeby konkretnego postępowania, gdzie przedstawienie warunków takiej współpracy jest konieczne do spełnienia wymogów proceduralnych.

3) Podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności

DXC podjął wszelkie niezbędne działania oraz środki techniczno - organizacyjne, których celem było utrzymanie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w poufności, między innymi poprzez:

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Spółka aktywnie wykorzystuje swój know - how jako podmiotu z branży IT w celu zapewnieniu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę bezpieczeństwa. Podjęte przez DXC działania są typowe dla przedsiębiorców świadczących usługi IT, którzy zabezpieczają swoje systemy przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich do informacji.

Jednocześnie należy wskazać, że w literaturze przedmiotu należyta staranność przedsiębiorcy nie jest interpretowana jako staranność absolutna, gdyż:

„sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dłużnika określać będzie uzasadnione oczekiwania kontrahenta i w konsekwencji miary wymaganej staranności, co nie oznacza, że chodzi tu o jakieś wyjątkowe miary staranności, które odbiegają od samego ujęcia kryterium należytej staranności w stosunkach cywilnoprawnych (Komentarz, Tom I, wyd. 9, pod red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018)

Podsumowanie i uzasadnienie zastrzeżenia informacji wskazanych w niniejszym piśmie, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności po nowelizacji ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi dobro niematerialne przedsiębiorcy podlegające szczególnej ochronie. Mając na uwadze zaprezentowane wyjaśnienia, poparte konkretną argumentacją odnoszącą się do specyficznej sytuacji DXC na rynku usług IT, należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie bezsprzecznie zaistniały wszystkie trzy przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje należy taktować jako niejawne.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2377/17: „w świetle art. 8 ust. 3 ustawy zamawiający nie jest zobowiązany, a wręcz nie jest uprawniony do udostępniania informacji stanowiących skutecznie zastrzeżona tajemnicę przedsiębiorstwa - zasada jawności protokołu wraz z załącznikami wyrażona w ustawy w tym zakresie doznaje ograniczenia."

Spółka pragnie również podkreślić, że art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2018 poz. 1330) stanowi, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy (...). Zatem ujawnienie informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa DXC również w oparciu o ustawę o dostępie do informacji publicznej nie jest możliwe. Niezależnie od powyższego, DXC wskazuje, iż naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa będzie stanowiło naruszenie słusznych i prawnie chronionych interesów Spółki, a tym samym będzie prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej. Wszystkie informacje oznaczone przez Spółkę, jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały przez nią zabezpieczone w należyty sposób przed powszechnym dostępem do nich. Żadna z tych informacji nie była opublikowana i nie ustanowiono dla niej publicznego dostępu.

Jednocześnie DXC utajnia całość niniejszego pisma jako zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Spółka podkreśla, że ujawnienie niniejszego pisma niweczyłoby cel, jaki DXC zamierza osiągnąć zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa pozostałe dokumenty wchodzące w skład oferty, ponieważ w treści niniejszego pisma znajdują się bezpośrednie odniesienia do ww. dokumentów, jak również szczegółowe wiadomości dotyczące strategii ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Spółki.

W świetle powyższego niniejsze zastrzeżenie informacji wskazanych w pierwszym akapicie pisma, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest w pełni uzasadnione.

Poniższe Załączniki oraz ww. Dowody zostały doręczone do Zamawiającego w dniu składania oferty (27.08.2021.) oraz w dniu 10.09.2021. wraz z wyjaśnieniem dot. Wyliczenia zaoferowanej ceny i pozostają w mocy.

(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) (...)".

Jednocześnie, Zamawiający pismem z 17.09.2021 r. wezwał DXC Technology Polska Sp. z o.o. do: „(...) wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych w następującym zakresie:

1) w zakresie złożonego wykazu osób (zał. nr 4 do SWZ) proszę o potwierdzenie, że:

a) osoba wskazana w poz. nr 1 wykazu do pełnienia funkcji Kierownika projektu oraz osoba wskazana w załączniku nr 2 do formularza oferty (pkt 1) w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert - to jedna i ta sama osoba (rozbieżność w brzmieniu nazwisk);

b) osoba wskazana w poz. nr 2 wykazu do pełnienia funkcji Architekta oprogramowania oraz osoba wskazana w załączniku nr 2 do formularza oferty (pkt 2) w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert - to jedna i ta sama osoba (rozbieżność w brzmieniu nazwisk);

c) osoba wskazana w poz. nr 6 wykazu do pełnienia funkcji Programisty back-end pod numerem 5) pełniła funkcję back-end, ponieważ w ramach wykazanego dla tej osoby projektu wpisano: Pełniona funkcja: Programista front-end". Proszę o wyjaśnienie z czego wynika ta niespójność.

Wyjaśnienia muszą rozwiać wątpliwości Zamawiającego w zakresie potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę w zakresie wskazanych osób. Jeżeli z wyjaśnień będzie wynikało, że Wykonawca nie potwierdza zgodności w zakresie osób (pkt a, b) lub posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji (pkt c) Zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób w zakresie nie potwierdzonej/niepotwierdzonych pozycji - w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2. Zamawiający, Centralna Komisja Egzaminacyjna, działając na podstawie art. 128 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą pzp", wzywa Państwa do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w następującym zakresie:

1) wykazu osób (zał. nr 4 do SWZ) w zakresie:

a) poz. nr 7 wykazu w zakresie pierwszej podanej osoby do pełnienia funkcji Specjalista ds. programowania baz danych - przy nazwie i adresie Zamawiającego, na którego rzecz usługa była świadczona brakuje podania adresu Zamawiającego. Proszę o uzupełnienie. (...)".

W odpowiedzi, DXC Technology Polska Sp. z o.o. pismem z 22.09.2021 r. stwierdził.

W dalszej części przytoczono ich treść w wersji przekazanej innym Wykonawcom: „(...)

Ad 1 - w zakresie złożonego wykazu osób (zał. nr 4 do SWZ)

Ad. lit. a)

DXC potwierdza, że osoba wskazana w poz. nr 1 wykazu, do pełnienia funkcji Kierownika projektu oraz osoba wskazana w załączniku nr 2 do formularza oferty (pkt 1) w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert - to jedna i ta sama osoba, tj. pa(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Ad. lit. b)

DXC potwierdza, że osoba wskazana w poz. nr 2 wykazu do pełnienia funkcji Architekta oprogramowania oraz osoba wskazana w załączniku nr 2 do formularza oferty (pkt 2) w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert - to jedna i ta sama osoba, tj. par(TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Ad. lit. c)

DXC potwierdza, że osoba wskazana w poz. nr 6 wykazu do pełnienia funkcji Programisty back - end pod numerem 5) pełniła podczas realizacji wskazanego w wykazie osób projektu (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) funkcję programisty back - end. (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) jest programistą back - end z ponad (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) doświadczeniem w licznych projektach IT. (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony) dlatego też wykonawca szukał najlepszych kandydatów z adekwatnym doświadczeniem na poszczególne pozycje; powstała niespójność wynika z omyłki pisarskiej osoby wypełniającej Wykaz.

Ad 2 pkt 1) - Wykaz osób (zał. Nr 4 do SWZ)

Spółka w zakresie poz. nr 7 wykazu, dot. osoby do pełnienia funkcji Specjalisty ds. programowania baz danych niniejszym uzupełnia Wykaz o następujące dane:

Nazwa i adres Zamawiającego, na którego rzecz usługa była świadczona (TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA - fragment zaczerniony)

Jednocześnie Spółka składa Wykaz Osób uzupełniony o dane żądane przez Zamawiającego w ust. 2 pkt 1), wezwania, tj. poz. 7 wykazu oraz z dokonaniem poprawy omyłek pisarskich w treści wykazu.

Załączniki:

Zał. nr 4 do SWZ - Wykaz osób

Wykonawca utajnia całość niniejszego pisma i załączników jako zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Szczegółowe uzasadnienie podstaw prawnych i faktycznych utajnienia treści informacji i dokumentów wraz z dowodami została już przedstawiona Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu, w szczególności w pismach zawierających uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych w niniejszym Postępowaniu, w tym w wyjaśnieniach ceny zaoferowanej w Postępowaniu.

DXC Technology Polska sp. z o.o. zastrzega treść niniejszego pisma oraz załączników do pisma jako informacje „stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

Treść wyjaśnień oraz załączników do pisma w podanym zakresie, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może być udostępniana publicznie, w szczególności innym wykonawcom w postępowaniu.”.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba uznaje, że przedstawione przez Odwołującego stanowisko, oparte o wyrok KIO o sygn. akt: KIO 500/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w wyrok z 01.10.2021r. sygn. akt: XXIII/ZS/53/21 stanowi wytyczne kierunkowe dla oceniania przesłanek skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże, każdorazowo ocena spełnienia przesłanek warunkujących uznanie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga analizy ad casum, gdyż pozostaje w tym aspekcie pewna doza uznaniowości, a mechaniczne stosowanie pewnych schematów nie zawsze jest adekwatne do okoliczności i tak też Izba uczyniła w przedmiotowym stanie faktycznym.

Izba nie przeczy stanowisku przedstawionego na rozprawie przez Odwołującego, w kontekście przywołanego orzeczenia KIO i sądu powszechnego, ale Odwołujący de facto istotą swoich zarzutów uczynił nie wykazanie wartości gospodarczej przez Przystępującego. Odwołujący nie podważał skuteczności wykazania innych przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK. Izba podkreśla, że każdy przypadek jest inny, a pewne elementy można doprecyzować bardziej lub mniej, przy czym liczy się nie ilość, ale jakość. W ocenie Izby, stopień uzasadnienia i jego doprecyzowanie w zakresie wartości gospodarczej było wystarczające w kontekście przedmiotowego stanu faktycznego.

Następnie, Izba w pierwszej kolejności wskazuje na orzeczenie, które mimo, że dotyczy starego stanu prawnego, jest dalej aktualne w kontekście art. 18 ust. 3 NPzp: „Pojęciem "wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami i w takich wypadkach

zasadniczo wystarczające jest złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia.

W odniesieniu jednak do niektórych twierdzeń wykonawca może z łatwością takie dowody przedstawić, jeśli powołuje się na okoliczności, których wykazanie jest za ich pomocą możliwe." (wyroku z 26.04.2021r., sygn. akt: KIO 902/21).

Jednocześnie: „Nie wystarcza (...) stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka

informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów." (wyrok KIO z 18.06.2021 r., sygn. akt: KIO 662/21, KIO 668/21).

Wartość gospodarcza nie zawsze można wykazać konkretną wartością, z tego powodu jej przejawem może być potencjalna szkoda, jaka Wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Udostępnienie zastrzegany informacji wiązałoby się dla Wykonawcy z istotną szkodą, która byłaby równa co najmniej kosztom, jakie Wykonawca musiałby ponieść modyfikując stosowaną dotychczas strategię cenową by pozostać konkurencyjnym, poszukując kolejnych kontrahentów, oraz nowych rozwiązań w zakresie kalkulacji ceny związanych np.: z brakiem nowych zamówień. Przepis art. 11 ust. 2 UZNK nie wymaga bowiem wyliczenia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, bowiem to nie wysokość potencjalnej szkody czy kosztów koniecznych od poniesienia świadczy o posiadaniu przez zastrzeganą informację wartości gospodarczej, ale sama okoliczność, że taka potencjalna szkoda lub koszt mogą zaistnieć. „Nie można tu przyjąć jednolitej miary wartości, wprowadzając np. jego sztywne minimum. Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W doktrynie wyrażono pogląd, że "pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie" [zob. A. Michalak, Deliktowa i kontraktowa ochrona, s. 32]. (J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019r.).

Podobnie orzecznictwo: „Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką

wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu

gronu podmiotów." (za wyrokiem KIO z 22.04.2021 r., sygn. akt: KIO 715/21).

W tym wypadku, w ocenie Izby, Przystępujący wskazał de facto, że: „(..)powzięcie przez konkurentów (.) wiedzy o informacjach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (.)" wywołałoby określoną stratę, czyli szkodę, tj. osłabienie pozycji rynkowej: „(...) może mieć rzeczywisty i negatywny wpływ na pozycje rynkowa Spółki znacznie ją osłabiając (.)", uniemożliwienie zdobywania kontraktów, zarówno w sferze publicznej, jak i niepublicznej:

„(.)uniemożliwić (..) zdobywanie kontraktów, zarówno w sektorze publicznym, jak i niepublicznym (.)". Izba przypomina także za stanowiskiem doktryny, że: „(...) Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierna szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji." (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Legalis 2019)

Przystępujący wskazał także, że o pozycji rynkowej przesadzają informacje o polityce cenowej, potencjale spółki, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy, jak i wszystkich innych elementów, czyli w ocenie Izby dokonał ich wyceny, tzn. wartości gospodarczej, jako tego co stanowi o potencjale konkurencyjnym spółki: „(...)

mogą powziąć informacje o polityce cenowej potencjale Spółki, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy jak i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu (.)".

Podniósł również, że: „kalkulacje przygotowane przez DXC są „skrojone" i dostosowane do specyfiki umowy. Taka sytuacji zachodzi także w niniejszym postępowaniu" (str. 44). W tym kontekście Izba wskazuje na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 167/07: „zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być

przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu" (też w wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2602/13).

Izba wzięła także pod uwagę informacje notoryjną, ale też wynika to z wyjaśnień CRN (str. 11, 15), że Przystępujący od lat realizuje kontrakt w analogicznym przedmiocie zamówienia, stąd tym bardziej informacje we wskazanym zakresie są dla niego cenne. W wyroku SO w Poznaniu z 19.03.2015r., sygn. akt: X Ga 76/15, zwrócono uwagę, że celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczanie strat,

a jednym ze sposobów na osiągnięcie tego celu jest wypracowywanie odpowiednich, racjonalnych zasad kalkulacji cen ofertowych. W ocenie Sądu: „sposób postępowania, by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych - know-how

danego przedsiębiorcy i częstokroć jest pilnie przez niego strzeżoną tajemnicą. Przy czym owe „know-how" rozumieć należy przez pryzmat art. 1 i rozporządzenia Komisji WE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 87 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (...) i ono oznacza pakiet informacji praktycznych (które nie zostały opatentowane), wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawne, czyli nie są

powszechnie znane lub łatwo dostępne; istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności".

Izba uznała także, że Wykonawca wykazał zasadność zastrzeżenia określonych fragmentów wyjaśnień CRN, jako zbioru informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Odnosząc powyższe do zastrzeganych informacji, należy w pierwszej kolejności, w ślad za doktryną podnieść, że: „Nowa definicja zawarta w art. 11 ust. 2 ZNKU wyraźnie potwierdza, w ślad za definicją ujętą w TRIPS oraz w dyrektywie 2016/943, że tajemnicą przedsiębiorstwa może być również zbiór informacji, które jakkolwiek samodzielnie są powszechnie znane osobom z danej branży, to jednak zebranie ich w określonym

zestawieniu może tworzyć nową, wymierną wartość gospodarczą. Taki zbiór informacji w razie podjęcia przez właściciela stosownych działań w celu zachowania go w tajemnicy uzasadnia objęcie go ochroną. Por. celne - jeszcze sprzed nowelizacji art. 11 ZNKU - tezy wyroku SN z 13.2.2014 r., V CSK 176/13, OSG 2014, Nr 9, poz. 64 oraz apr. gł. M. Salamonowicza [zob. M. Salamonowicz, Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, s. 101—108]. Sąd Najwyższy wskazał w uzasadnieniu wyroku w szczególności: okoliczność, że jeden

z elementów [procesu produkcyjnego — przyp. aut.], np. konstrukcja urządzenia, jest łatwy do poznania na podstawie informacji powszechnie dostępnych dla osób, które zazwyczaj się

tym zajmują, nie pozbawia przedsiębiorcy możliwości objęcia całego procesu poufnością".

(...) Doświadczenia ze współpracy z kontrahentami co do terminowości, rzetelności i jakości świadczeń, czy nawet responsywności i reakcji na sytuacje kryzysowe, są na rynku niezwykle cennymi informacjami, których zgromadzenie trwa często latami i wymaga istotnych inwestycji ze strony przedsiębiorcy. Efektem gromadzenia tych doświadczeń jest właśnie lista konkretnych, wyselekcjonowanych kontrahentów oraz nadanie relacjom z nimi właściwych priorytetów. Wiedza ta może dać przedsiębiorcy bardzo realną przewagę konkurencyjną, trwającą zależnie od branży od kilku miesięcy do nawet wielu, wręcz dziesiątek lat. (...) Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierna szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji." (J. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Legalis 2019). Podobnie, za wyrokiem KIO z 13.05.2010 r., sygn. akt KIO 667/10: „Należy zwrócić uwagę na treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. V CSK 444/2006 (Monitor Prawniczy 2007/7 str. 342),

zgodnie z którym na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy. Badając zasadność zastrzeżenia przez Wykonawcę części oferty, jako zawierającej tajemnice przedsiębiorstwa, należy brać pod uwagę, jaka całość stanowią te informacje. Dla oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może mieć

znaczenia, czy zastrzeżony dokument zawierałby informacje dotyczące zamówienia publicznego.".

Nadto, podkreślając za orzecznictwem, że: „W istocie nie wdaje się uzasadnionym wymaganie od wykonawcy wykazania dowodami oddzielnie każdej z przesłanek.

W szczególności, że w przypadku przesłanki dotyczącej rodzaju informacji oraz przesłanki ujęcia danych w całości lub w unikalnym zbiorze, obiektywnej oceny ich spełnienia

zazwyczaj można dokonać poprzez weryfikację rzeczowego i wiarygodnego oświadczenia

wykonawcy - szczegółowo odnoszącego się do charakteru informacji, w korelacji z samą

informacją i sposobem jej przedstawienia." (wyrok KIO z 20.11.2020r., sygn. akt: KIO 2781/20).

Jednocześnie, fragment odpowiedzi na odwołanie zakwestionowany przez Odwołującego: „sam fakt zatrudnienia czy współpracy w określonym specjalistą z danej branży oraz zakres jego kwalifikacji, zdobytych certyfikatów stanowi tajemnicę handlową i nie podlega publicznemu uzupełnieniu. " (.) „poprzez uzyskanie takich informacji konkurencja DXC uzyskałaby szczegółową wiedzę na temat zakresu i możliwości posiadanego przez spółkę potencjału. Spółka wskazuje, że dla przedsiębiorcy już sam fakt nawiązania współpracy z konkretną osobą jest w szczególny sposób chroniony. Informacje na temat osób współpracujących z wykonawcą, warunków tej współpracy oraz jej zakresu nie są powszechnie dostępne i ujawniane do wiadomości publicznej.

Gdyby informacje te zostały ujawnione konkurenci działający na tym samym rynku mogliby, np. podejmować próby „podkupienia" osób wskazanych przez DXC, uzyskując jednocześnie bezcenną wiedzę o jej możliwościach i potencjale, lub odpowiednio o ich braku. Powyższe zdecydowanie wpłynęłoby na pozycję Spółki na rynku poprzez znaczne jej osłabienie. Spółka jednocześnie nadmienia, że podejmowanie prób „podkupienia" nie jest jedynie hipotetycznym ryzykiem, tylko realną sytuacją, z którą spółka miała już w przeszłości do czynienia. (...) Z pewnością utrata takich pracowników byłaby dotkliwa w skutkach dla wykonawcy, oznaczać by to mogło ograniczenie możliwości konkurowania na rynku w branży iT. Ponadto ujawnienie danych tych osób oraz ich kwalifikacji, a w konsekwencji przejęcie personelu wykonawcy, mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której DXC nie byłoby w stanie zrealizować umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma szanse zawrzeć w postępowaniu." (str. 6), jako nie pochodzący z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącego wyjaśnień CRN z 10.09.2021 r., ale uzasadnienia

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób (oddzielne pismo także z 10.09. 2021 r. dotyczy podmiotowych środków dowodowych), Izba także wzięła pod uwagę.

Po pierwsze zasadniczo Przystępujący wzmiankował specjalistów i ich dobór: „(.) doboru specjalistów skierowanych do realizacji umowy (.)", po drugie w ponowionych wyjaśnieniach z 13.09.2021 r. znajduje się odesłanie: „(...) Szczegółowe uzasadnienie podstaw prawnych i faktycznych utajnienia treści informacji i dokumentów wraz z dowodami

została już przedstawiona Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu, w szczególności w pismach zawierających uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych w niniejszym

Postępowaniu, w tym w wyjaśnieniach ceny zaoferowanej w Postępowaniu (...)"

(podkreślenie autora) (str. 11). W tym kontekście Zamawiający miał podstawy do badania wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa kompleksowo, tym bardziej że wyjaśnienia CRN z 10.09.2021 r. zawierają informacje dotyczące niezbędnego zespołu specjalistów, średnich stawek zespołu specjalistów (str. 4,17-18,19-29, 31-37). W ocenie Izby, przywołane odesłanie czyni zadość indywidulanemu udowodnieniu zasadności utajnieniu każdej informacji. Takie bowiem działanie nie może prowadzić do nadmiernej kazuistyki, w przeciwnym wypadku uzasadnienie przekraczałoby w ponadprzeciętny sposób swoim zakresem, czy też objętością ramy zastrzeganych dokumentów. Wydaje się że racjonalnym rozwiązaniem biorąc pod uwagę problemy redakcyjne, winno być jednoznaczne odesłanie do innych wcześniejszych uzasadnień, ich fragmentów, lub wcześniejszych fragmentów, akapitów, jednostek redakcyjnych bieżącego uzasadnienia.

W konsekwencji, Zamawiający dysponował informacjami pozwalającymi mu na ocenę, czy zastrzegane informacje w istocie mają wartość gospodarczą. Ocenę tą Zamawiający winien zaś przeprowadzić w sposób, który będzie prowadził do logicznego powiązania przedstawionych informacji w całość zgodną z doświadczeniem życiowym: „(...)

Pojęcie „doświadczenia życiowego" definiowane jest przy tym jako zbiór wiadomości

zdobytych na podstawie obserwacji i przeżyć, znajomości życia, rzeczy i ludzi, jest pojęciem nieostrym i niezdefiniowanym na podstawie konkretnych kwantyfikatorów, jest kształtowane indywidualnie, a odniesienie się przez ustawodawcę (...) do doświadczenia życiowego nie może zastąpić dowodów, a jedynie pomóc w ich ocenie. Odwołanie się do doświadczenia życiowego w przypadku oceny dowodów, odnosi się z jednej strony do doświadczenia wynikającego z zawodowych obserwacji organu procesowego, związanych z udziałem w rozpoznawaniu spraw, a z drugiej do doświadczenia wiążącego się z funkcjonowaniem w społeczeństwie i posiadanej w związku z tym wiedzy i obserwacji. (.)" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 18.05.2018 r., sygn. akt: II AKa 113/18).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Niniejszy zarzut nie ma charakteru spóźnionego, gdyż nie dot. postanowień SWZ, ale wadliwej oceny norm, które zostały wykazane złożonymi certyfikatami.

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał na rozprawie dowodami, że norma wskazana w jego ofercie stosownym certyfikatem jest niczym innym niż normą oczekiwaną przez Zamawiającego PN - ISO/IEC 20000-1:2014-01 tylko, że w wersji anglojęzycznej ISO/IEC 20000-1:2011. Nie jest to norma równoważna względem oczekiwanej przez Zamawiającego, ale identyczna o czym świadczy oznaczenie IDT w korespondencji złożonej na rozprawie przez Odwołującego, a pochodzącej z Polskiego Komitetu Normalizacyjnego: „Polska Norma (PN) wprowadzająca normę innego kraju, Normę Europejską (EN) lub Międzynarodową (ISO) ma w polu „Wprowadza" oznaczenie identyfikujące normę wprowadzona i stopień zgodności:

IDT - gdy PN jest identyczna z wprowadzana normą". W konsekwencji, Izba uznała stanowisko Zamawiającego, z odpowiedzi na odwołanie za nieuzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba częściowo uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 2935/21 w zakresie wskazanym powyżej na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2946/21:

Invent On Sp. z o.o. sformułowało w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) i 10) NPzp, poprzez dokonanie wybory najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. podczas, gdy oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona, z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 10) NPzp, poprzez zaniechanie zweryfikowania przez Zamawiającego prawdziwości informacji i twierdzeń zawartych w ofertach, załącznikach do ofert i dalszych dokumentach złożonych przez wykonawców w ramach postępowania przetargowego,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 10) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) oraz art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 NPzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez DXC Technology Polska Sp. z o.o., który to podmiot w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji zawartych w złożonej ofercie, jej załącznikach i dalszych dokumentach złożonych ramach postępowania przetargowego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas, gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona z przetargu z uwagi na niespełnianie warunków postępowania,

4. art. art. 128 ust. 1, 4, 5 w zw. z art. 223 ust. 1 zd. 1. NPzp, poprzez dokonanie niewłaściwej oceny oferty złożonej przez Odwołującego poprzez przyznanie Odwołującemu zaniżonej liczby punków, zamiast 83,45 pkt przyznanie 79,45 pkt, poprzez błędne nieuwzględnienie 4 pkt za posiadanie Certyfikatu zgodności z normą PN-EN ISO 27001:2017 Technika informatyczna - Techniki bezpieczeństwa - Systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji - Wymagania - lub równoważnego, a w przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego co do równoważności certyfikatu przedłożonego przez

Odwołującego, zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do przedłożenia stosownych wyjaśnień.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2946/21, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie. Nadto, przywołuje stan faktyczny przytoczony do sprawy o sygn. akt: KIO 2935/21. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności zarzut sformułowany w tym zakresie ma charakter ogólny, gdyż są oparte o informacje ogólnie dostępne i nie mają odzwierciedlenia w szczegółowych wyjaśnieniach CRN (z 10 i 15.09.2021 r.), z tych też względów, jak Izba wielokrotnie podkreślała w orzecznictwie, najpierw zasadne jest dążenie do odtajnienia wyjaśnień CRN, tak jak ma to miejsce w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2935/21, a następnie wnoszenie odwołania na odtajnione informacje, czyli po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień CRN, niż czynienie tego, tak jak uczynił to Odwołujący w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2946/21. Wymaga podkreślania, że ani fakt kolejnego wezwania DXC Technology Polska Sp. z o.o. przez Zamawiającego do dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej (wezwanie z 13.09.2021 r.), ani różnice cenowe wynikające z informacji z otwarcia ofert, czy też raporty płacowe dla branży IT przedstawiające średnie wynagrodzenia same w sobie nie świadczą o rażąco niskim charakterze ceny zaoferowanej przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. (ceny za roboczogodzinę prac programistycznych). Niniejsze może jedynie świadczyć o tym, że Zamawiający zasadnie wezwał do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, a jego działanie w tym zakresie było jak najbardziej zasadne. Nadto, sama instytucja wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej ma za zadanie umożliwienie danemu Wykonawcy obalenie domniemania zaistnienia ceny rażąco niskiej. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny Zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10)

Izba podkreśla także, że spoczywający na DXC Technology Polska Sp. z o.o. ciężar dowodowy w zakresie wykazania, że cena zaoferowana przez niego nie ma charakteru rażąco niskiego nie zwalnia Odwołującego z dowodzenia swoich twierdzeń. Zgodnie bowiem z orzecznictwem: „(.) obciążenie wykonawcy składającego wyjaśnienia ciężarem wykazania prawidłowości ceny, zarówno w odniesieniu do wyjaśnień składanych zamawiającemu, jak i w postępowaniu odwoławczym, nie zwalnia wykonawcy, który kwestionuje w odwołaniu prawidłowość zaoferowanej przez innego wykonawcę ceny, z obowiązku precyzyjnego sformułowania zarzutów i przedstawienia okoliczności faktycznych, na których te zarzuty się opierają. Zmiana rozkładu ciężaru dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny nie oznacza, że odwołujący może poprzestać na ogólnikowym zanegowaniu prawidłowości złożonych wyjaśnień, bez wyspecyfikowania, na czym ich wadliwość polega i bez przedstawienia wywodu uzasadniającego te twierdzenia (...)” (wyrok KIO z 10.07.2020r., sygn. akt: KIO 1038/20). Podobnie: „(...) Dla skutecznego zakwestionowania czynności zamawiającego nie wystarczy bowiem, by odwołujący miał słuszność lub też przekonanie o słuszności swoich zarzutów. Konieczny jest też element ich udowodnienia.

Jak wynika z art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Z obowiązku przedstawiania takich dowodów - a tym bardziej jakiejkolwiek argumentacji na poparcie zarzutów - nie zwalnia przepis art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie

jest uczestnikiem postępowania. Wskazuje on bowiem jedynie na rozłożenie ciężaru dowodu - przy założeniu jednak przedstawiania takowych dowodów - natomiast nie ustanawia normy, na podstawie której wykonawca może ograniczyć się do ogólnego wskazania, że oferta konkurenta jest nieprawidłowa bez przedstawiania jakiejkolwiek argumentacji i obliczeń.

W ocenie Izby, stawiając zarzut zaniechania do wezwania wyjaśnień, Odwołujący powinien chociaż uprawdopodobnić twierdzenie, że zaoferowana przez konkurenta/konkurentów cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są "rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów".

W żadnej mierze niewystarczające są zaś stwierdzenia typu: "wskazany koszt jest nierynkowy i rażąco niski", "koszt jest rażąco niski z uwagi na zapisy i wymogi Specyfikacji nr...", "w zakresie cen materiałów ich rynkowy koszt jest wyższy niż założony", "rynkowy koszt zakupu materiału jest bardzo wysoki w stosunku do ceny globalnej wskazanej w tej pozycji", "sam koszt usługi sprzętowej niezbędnej do załadunku/rozładunku przewyższa koszt wskazany w ofercie" itd. (identyczne stwierdzenia, bez dodatkowej argumentacji, Odwołujący zastosował też w przywoływanym piśmie z 14 maja 2019 r.) (...)".(wyrok KIO z 24.07.2019r., sygn. akt: KIO 1318/19).

Dowód załączony w tym zakresie do odwołania, nota bene powielony w treści samego odwołania jest zbyt ogólny i nieadekwatny, a wręcz oderwany do przedmioty zamówienia, a przede wszystkim nie ma przełożenia na złożone wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej, tym bardziej, że Odwołujący nie znał ich treści. Oba wykresy dotyczą bowiem średniego wynagrodzenia - dane zaś pochodzą z portalu rekrutacyjnego - nie mają żadnego związku z przedmiotem zamówienia, ani przełożenia na ten przedmiot, w zakresie zaś tabeli nie wskazano źródła, a jego kontekst nie został przez Odwołującego sprecyzowany w odwołaniu. Nadto, Izba podkreśla, że DXC Technology Polska Sp. z o.o. przedstawiło stosowne tabele płacowe w kontekście przedmiotowego zamówienia w wyjaśnieniach CRN z 10.09.2021 r. poprzedzone wyjaśnieniami od str. 19- 29, co zostało poparte stosownymi wymiernymi i adekwatnymi do tych tabel dowodami (całość wskazana zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa). Dodatkowe informacje i ich przełożenie na cenę za roboczogodzinę zostało podane w wyjaśnieniach z 10.09.2021 r. od str. 31 - 37. Powyższe zostało dodatkowo zweryfikowane przez Zamawiającego w ramach ponowionego wezwania z 13.09.2021 r. i uzyskanych dodatkowych wyjaśnień z 15.09.2021 r. (od str. 3 do 11) /(wskazane fragmenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa)/.

Izba podkreśla, że podzieliła także i uznała za własne stanowisko Zmawiającego z odpowiedzi na odwołanie, co do wyjaśnień CRN i spójności przedstawionych wyliczeń: „(.) DXC przedstawiła spójną wewnętrznie metodykę wyliczenia kosztów godziny programistycznej, przedstawiając dowody i informacje potwierdzające, że zastosowane założenia i argumenty metodyki mają potwierdzenie w rzeczywistości:

1) w piśmie z 10.09.2021 r. - str. 16-38 oraz dowody w postaci załączników od 1-54 - lista na str. 50-51);

2) w piśmie z dnia 15 września 2021 r. - str. 3-12 oraz dowody w postaci załączników od 1-3 - lista na str. 11-12). (.)".

W konsekwencji zarzut nie potwierdził się, naturalnie w kontekście sformułowanych ogólnych zastrzeżeń ze strony Odwołującego wskazanych w odwołaniu nie popartych o informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej z 10 i 15.09.2021 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Zarzut dotyczy zaniechania odrzucenia oferty, złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postepowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, jak i zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Nadto, zaniechania wezwania do uzupełnienia, czy też wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych, w tym także bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny m.in. spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W tym zakresie, Izba podkreśla że Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu, zaś Zamawiający dokonał stosownej weryfikacji wzywając w trybie art. 126 ust. 2 NPzp pismem z 31.08.2021 r. do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych

środków dowodowych, tj. wszystkich opisanych w Rozdz. IX SWZ, celem potwierdzenia wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie, przeanalizował uzyskane 10.09.2021 r. w odpowiedzi na niniejsze wezwanie podmiotowe środki dowodowe wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykaz osób i wykaz usług (wersja jawna oraz z tajemnicą przedsiębiorstwa). Świadczy o tym, chociażby wezwanie z 17.09.2021 r., gdzie w trybie art. 128 ust. 4 NPzp, gdzie Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, a w trybie art. 128 ust. 1 NPzp, wezwał do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu osób. Uzyskane wyjaśnienia z 22.09.2021 r. (wersja jawna oraz z tajemnicą przedsiębiorstwa) oraz uzupełniony wykaz osób (wersja jawna oraz z tajemnicą przedsiębiorstwa) zostały przeanalizowane przez Zamawiającego co potwierdza protokół Komisji Przetargowej z 24.09.2021 r. Inaczej mówiąc Zamawiający zweryfikował informacje zawarte w dokumentach przetargowych DXC Technology Polska Sp. z o.o. pod kątem spełniania warunków przetargu.

Stanowisko przedstawione w odwołaniu, w ocenie Izby, stanowi zbiór hipotez nie popartych dowodami, gdyż jak sam przyznał Odwołujący, z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma możliwości szczegółowego odniesienia się do dokumentów podmiotowych. Powyższa okoliczność jednakże nie zwalnia Odwołującego z obowiązku dowodzenia. Nadto, Odwołujący nie może formułować zarzutów blankietowych, ale w takiej sytuacji powinien formułować zarzuty, których celem byłoby odtajnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów podmiotowych. Izba potwierdza, że DXC Technology Polska Sp. z o.o. wyjaśnił wszystkie wątpliwości Zamawiającego oraz uzupełnił w zakresie oczekiwanym przez Zmawiającego wykaz osób. Nadto, wyjaśnił wszystkie kwestie związane ze stawkami osób będących realizować umowę, co było przedmiotem dwukrotnych wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Podważanie doświadczenia, czy też wykształcenia osób, którymi zamierza się posługiwać DXC Technology Polska Sp. z o.o. w sposób gołosłowny nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Jednocześnie okoliczność wzywania do wyjaśnień oraz uzupełnień dokumentów podmiotowych, jak również ponowienie wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie może być poczytywane samo w sobie jako argument do podważania wiarygodności dokumentów podmiotowych, czy też samych wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, czyli kalkulacji ceny. Nadto, abstrahując od tego, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), zdolność techniczną i zawodową dotyczącą kwalifikacji osób zamawiający może badać poprzez wykaz osób zawierający kwalifikacje zawodowe, doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, zakres wykonywanych przez ww. osoby czynności a także informację o podstawie dysponowania ww. osobami. Inaczej mówiąc, że Rozporządzenie nie przewiduje możliwości żądania przez Zamawiających innych niż oświadczenie dowodów na potwierdzenie kwalifikacji osób oddelegowanych do realizacji przedmiotu umowy a wymaganych warunkami udziału w postępowaniu, to aby taką jak oczekuje Odwołujący weryfikacje przeprowadzić musi być podstawa faktyczna do podważenia wiarygodności dokumentów podmiotowych, gdyż na taką czynność służy Wykonawcy środek ochrony prawnej. Nadto, biorąc pod uwagę kontekst zarzutu, służy do tego raczej wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, co jak było wskazywane powyżej miało miejsce.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie trzeciego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W tym zakresie, Izba odniosła się do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) oraz pkt 10) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp, gdyż w zakresie art. 128 ust. 1, ust. 4, ust. 5 NPzp, Izba wypowiedziała się przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu, co w całości podtrzymuje. Należy zauważyć, że zasadne jest stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie rozprawy, że: „(.)Odwołujący powołuje się na fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8) i 10) ustawy Pzp, które z uwagi na brak ich uwzględnienia w treści SWZ przez Zamawiającego nie mają żadnego znaczenia dla prowadzonego postępowania. (.)”. Izba potwierdza, że Zamawiający nie zawarł niniejszych przesłanek wykluczenia w SWZ, wskazał bowiem jedynie, że: „Wykonawca, który bierze udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z postępowania w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 4), 9) z zastrzeżeniem art. 109 ust. 3 i art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.” (Rozdz. VII ust. 1 SWZ). W konsekwencji, niniejsza podstawa prawna nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie czwartego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Niniejszy zarzut nie ma charakteru spóźnionego, gdyż nie dot. postanowień SWZ, ale wadliwej oceny norm, które zostały wykazane złożonymi certyfikatami.

W ocenie Izby, Odwołujący wykazał dołączonymi do odwołania oraz na rozprawie dowodami, że norma wskazana w jego ofercie stosownym certyfikatem jest niczym innym niż

normą oczekiwaną przez Zamawiającego PN - ISO/IEC 27001:2017 tylko, że w wersji anglojęzycznej ISO/IEC 27001:2013 (certyfikat wystawiony przez czeski LL-C Certyfication). Nie jest to norma równoważna względem oczekiwanej przez Zamawiającego, ale identyczna o czym świadczy oznaczenie IDT. Zasadnie bowiem odwołujący wskazywał, że na stronie Polskiego Komitetu Normalizacyjnego (adres: 2017-06e.html), w opisie do dokumentu Polskiej Normy zawarto informację, że norma PN-EN ISO 2700:2017 wprowadza EN ISO/IEC 27001:2017 [IDT], ISO/IEC 27001:2013/Cor 2:2015 [IDT], ISO/IEC 27001:2013/Cor 1:2014 [IDT], ISO/IEC 27001:2013 [IDT]. Nadto, potwierdza powyższą okoliczność w szczególności: pismo z 04.10.2021 r. sporządzone przez LL-C (Certification) Czech Republic a.s., jak i dowód złożony na rozprawie, tj. pierwsza i druga stronę polskiej normy w zakresie normy PN ISO/IEC 27001:2017, gdzie znajduje się stwierdzenie: „Wprowadza EB ISO/IEC 27001:2017, IDT ISO/IEC

27001:2013+AC1:2014+AC2:2015, IDT" (1 strona), „Niniejsza norma jest identycznym tłumaczeniem angielskiej wersji Normy Europejskiej EN ISO/IEC 27001:2017 stanowiącej wprowadzenie - bez żadnej modyfikacji - Normy Międzynarodowej ISO/IEC 27001:2013." (strona 2). W konsekwencji, Izba uznała stanowisko Zamawiającego, z odpowiedzi na odwołanie za nieuzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba częściowo uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 2946/21 w zakresie wskazanym powyżej na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W sprawie o sygn. akt: KIO 2935/21 odwołanie okazało się zasadne w zakresie 1 z 2 zarzutów, a podlegało oddaleniu w zakresie 1, tzn. pierwszego zarzutu. Inaczej mówiąc w niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/2 i chybione w stosunku 1/2. Kosztami postępowania w części 1/2 obciążono zatem

Odwołującego, a w części 1/2 - Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (3.600 zł), co daje łącznie kwotę 18.600,00 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 0 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 9.300,00 zł. (18.600,00 zł * 2 = 9.300,00).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600,00 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu oraz 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300,00 zł (18.600,00 zł * 2 = 9.300,00 x 1 = 9.300,00). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 9.300,00 zł (18.600,00 - 9.300,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 9.300,00 zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (0 + 9.300,00 = 9.300,00).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie

sygn. akt KIO 2935/21 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W sprawie o sygn. akt: KIO 2946/21 odwołanie okazało się zasadne w zakresie 1 z 4 zarzutów, a podlegało oddaleniu w zakresie 3 z 4, tzn. zarzutu od 1 do 3. Inaczej mówiąc w niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/4 i chybione w stosunku 3/4. Kosztami postępowania w części 3/4 obciążono zatem Odwołującego, a w części 1/4 - Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł (Odwołujący nie złożył rachunku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika wymaganego stosownym rozporządzaniem, co jest konieczne do jego uwzględnienia w kosztach), co daje kwotę 15.000,00 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 0 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 3.750,00 zł. (15.000,00 zł * 4 = 3.750,00x 1 =3.750,00).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000,00 zł (15.000,00 zł tytułem wpisu), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.250,00 zł (15.000,00 zł * 4 = 3.750,00 x 3 = 11.250,00). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.750,00 zł (15.000,00 - 11.250,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 3.750,00 wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (0 + 3.750,00 = 3.750,00).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 2946/21 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba, działając na podstawie art. 556 Pzp, wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 2935/21, sygn. akt: KIO 2946/21 orzeczenie łączne.

Przewodniczący: