Sygn. akt: KIO 3571/21

WYROK

z dnia 23 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2021 r. przez wykonawcę CCIG Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Arteria Customer Services Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Trimtab Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Contact Center Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Arteria Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 5 odwołania, w części dotyczącej nieodtajnienia informacji zawartych w wykazie usług odnoszących się do usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego CCIG Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

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

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego CCIG Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Narodowego Funduszu Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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 3571/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala z siedzibą w Warszawie (dalej jako

„Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi infolinii Telefonicznej Informacji Pacjenta na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia (nr postępowania: BAGSZP.261.1.28.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 161-424018. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 9 grudnia 2021 r. wykonawca CCIG Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Arteria Customer Services Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Trimtab Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Contact Center Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Arteria Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący" lub „Arteria") jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 240 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie dowolnej, nieopartej na kryteriach zawartych w SWZ kryteriach oceny oferty, poprzez przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium „Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP 20% wagi oceny" oceny 17 zamiast maksymalnej 20, bez wskazania podstaw dla obniżenia punktacji;

2. art. 239 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 240 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie dowolnej, nieopartej na kryteriach zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia kryteriach oceny oferty, poprzez przyznanie ofercie Arteria w kryterium „Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP 20% wagi oceny" oceny 17, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawierała braki, które powinny skutkować przyznaniem mniejszej liczby punktów;

3. art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arteria pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia;

4. art. 226 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Arteria pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

5. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie, iż wykonawca Arteria składając ofertę oraz wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny prawidłowo zastrzegł, iż wskazane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji nie odtajnienie tych informacji pomimo wniosków Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Arteria, wykluczenia z postępowania wykonawcy Arteria, powtórzenia czynności oceny ofert, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia odwołania w zakresie dotyczącym zarzutów nr 1 i 2, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odtajnienia elementów oferty i wyjaśnień Arteria wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący dotyczące nieprawidłowej oceny ofert wykonawców w kryterium: „Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP" Odwołujący wskazał, iż oferta Odwołującego otrzymała 17 punktów na możliwe 20. Pomimo przyznania ofercie Odwołującego niższej o 3 punkty od maksymalnej, możliwej do uzyskania oceny, Zamawiający nie wskazał żadnych powodów, dla których oferta Odwołującego została oceniona jako spełniająca wymogi Zamawiającego w sposób inny, niż optymalny. W szczególności nie wskazał, jakie parametry wykonania usługi, wskazane w SWZ, nie zostały, zdaniem Zamawiającego, w dostateczny sposób spełnione. Odwołujący podniósł, iż SWZ wskazuje, jakie elementy oferty mają być brane pod uwagę przy ocenie kryterium, jaka waga została każdemu z nich przyznana i w jaki sposób dokonana ma być ocena. Tymczasem, z protokołu postępowania wynika jedynie, że każdej z ocenianych ofert, złożonych przez wykonawców, przyznano w kryterium tę samą liczbę punktów, czyli 17. Zamawiający zaniechał podania w protokole informacji, w których podkryteriach oceny kryterium przyznał każdemu z wykonawców inną, niż maksymalna punktację. Na podstawie informacji Zamawiającego nie można ustalić, która z ofert i w którym podkryterium zawierała, zdaniem Zamawiającego, braki,

ani nawet stwierdzić, czy rzeczywiście dokonano porównania tych ofert i oceny każdej z uwzględnieniem tych podkryteriów. W związku z powyższym, sposób dokonania oceny ofert pozostaje dla wykonawców niejasny. Jest to zdaniem Odwołującego niezgodne ze Specyfikacją Warunków Zatrudnienia, która proces ten opisuje w sposób jasny i klarowny.

Dlatego też, czynność oceny ofert należy powtórzyć i tym razem przeprowadzić w sposób zgodny z SWZ.

Odwołujący podniósł ponadto, że w kryterium Zamawiający przyznał 17 punktów również ofercie złożonej przez Arteria i podobnie jak w przypadku oceny oferty Odwołującego, Zamawiający, nie dokonał rozbicia punktacji na części składowe, bez podania, w których podkryteriach odjęto punkty. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że oferta Arteria zawiera braki i niezgodności z SWZ, wymienione w odwołaniu, których wystąpienie uniemożliwia świadczenia usługi infolinii TIP zgodnie z wymogami Zamawiającego. Braki te, np. w postaci niewystarczającej liczby kierowników projektu oraz nieprawidłowo określonych obowiązków kierownika ds. szkoleń, mają bezpośrednie przełożenie m.in. na strukturę organizacyjną oraz na procedury wymienione w ramach poszczególnych podkryteriów przedmiotowego kryterium. Oznacza to, że Przystępujący powinien mieć przyznaną znacznie niższą liczbę punktów niż Odwołujący, którego oferta nie zawiera podobnych braków. Przyznanie 17 punktów ofercie Przystępującego, zawierającej poważne niezgodności z SWZ, stanowi dodatkowy argument przemawiający za uznaniem, że Zamawiający nie dokonał oceny ofert wedle przyjętych w postępowaniu kryteriów, ale w sposób arbitralny i dowolny. Niezależnie od tego, liczba punktów przyznanych Przystępującemu w tym kryterium powinna być znacznie niższa niż 17.

Uzasadniając zarzut nr 3 odwołania (niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia) wskazano po pierwsze na kwestię braku dodatkowej lokalizacji. Odwołujący podniósł, iż w SOPZ w części dotyczącej wymogów bezpieczeństwa WB-1, Zamawiający wymaga, aby wykonawca zapewnił obsługę TIP w ramach lokalizacji niepodatnych na te same zagrożenia środowiskowe. W przypadku awarii wykonawca musi zapewnić obsługę zgodnie z parametrami określonymi w SLA. Oznacza to, że usługa musi być świadczona co najmniej w dwóch lokalizacjach, oddalonych od siebie i mogących funkcjonować niezależnie tak, żeby np. w przypadku wystąpienia poważnej awarii zasilania na danym obszarze, uniemożliwiającej działanie jednej z lokalizacji, możliwe było zapewnienie świadczenia usługi w innej, bez obniżenia poziomu obsługi poniżej parametrów SLA. Tymczasem Przystępujący nie zapewnia obsługi TIP nawet w jednej dodatkowej lokalizacji, która mieściłaby się poza siedzibą wykonawcy i mogłaby być uznana za „niepodatną na te same zagrożenia środowiskowe", co podstawowa lokalizacja. O ile bowiem wskazuje 9 różnych, oddalonych od siebie lokalizacji będących w dyspozycji członka konsorcjum, to w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp określa je jako „ośrodki wsparcia technicznego i rozwoju", a nie jako lokalizacje świadczenia usługi callcenter. Sama informacja, że „spółki callcenter GK Arteria posiadają łącznie 13 lokalizacji i ponad 2500 stanowisk marketingowych" nie stanowi skutecznego wskazania, że lokalizacje te są niepodatne na te same zagrożenia środowiskowe, ani że świadczenie obsługi TIP NFZ przez tego wykonawcę miałoby się odbywać w co najmniej 2 takich lokalizacjach. Z kolei informacja, że wykonawca Arteria deleguje do wykonania całego projektu jedynie 4 kierowników zmiany, przy konieczności ciągłego utrzymania usługi w trybie całodobowym przez 36 miesięcy, nie pozwala przyjąć, że możliwe byłoby sprawowanie skutecznego nadzoru nad dwiema lub więcej, oddalonymi od siebie lokalizacjami. Dlatego też, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że wykonawca Arteria nie zapewnia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami opisanymi w SOPZ w sekcji wymagania bezpieczeństwa WB-1. Treść oferty tego wykonawcy jest więc niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, przez co podlega odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Następnie wskazano na okoliczności dotyczące zakresu zadań Kierownika ds. szkoleń. Odwołujący wskazał, iż Przystępujący na str. 36 wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny wskazał, że jedna z czynności wykonywana przez Kierownika ds. Szkoleń to „Monitoring pracy Konsultantów (odsłuch rozmów/ weryfikacja e-maili/ chatów) i ich ocena zgodnie z Kartą coachingową". Jest to wprost niezgodne z wymogami stawianymi przez Zamawiającego, który w SOPZ w wymaganiu WF-18 wprost wskazał, że czynności te muszą być wykonywane przez bezpośredniego przełożonego (managera): „Wykonawca zapewni ocenę jakościową minimum 1,5% interakcji w skali miesiąca dla każdego konsultanta i dla każdego z typów interakcji z klientem. Ocena odbywa się na podstawie karty coachingowej uzgodnionej z Zamawiającym przed rozpoczęciem świadczenia usługi w ramach Etapu II. Ocenę przeprowadza bezpośredni przełożony danego konsultanta. Wyniki są przekazywane raz w miesiącu do Zamawiającego."

Uzasadniając zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego w odwołaniu wskazano, iż analiza wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, nawet ograniczająca się jedynie do części niewskazanych przezeń jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, pozwala stwierdzić, że wyjaśnienia te są nieprzekonujące, a w przypadku niektórych pozycji,

nieprawdziwe. Oznacza to, że wykonawca ten nie sprostał wezwaniu Zamawiającego, do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztów swojej oferty. Oferta ta podlegała więc odrzuceniu, a Zamawiający nie mógł dokonać jej wyboru jako najbardziej korzystnej. W zakresie kadry kierowniczej Odwołujący podniósł, iż w wykazie Członków Zespołu Kierowniczego Przystępujący wskazał, że do realizacji projektu zamierza przeznaczyć 4 Kierowników Zmiany, każdy na jeden etat. Będą oni wg wykonawcy odpowiedzialni za wskazane w wyjaśnieniach obszary (obszary te wskazano w odwołaniu, cytując wyjaśnienia). Biorąc pod uwagę wymóg z SWZ dotyczący całodobowej działalności infolinii TIP działającej przez 365 dni w roku zwracamy uwagę na to, że ilość Kierowników Zmiany nie jest wystarczająca do obsadzenia nimi wszystkich zmian we wszystkie dni od poniedziałku do niedzieli przez 365 dni w roku. Każdy z kierowników zmiany musiałby świadczyć pracę w wymiarze 180 rbh w każdym miesiącu. 30 dni x 24 godziny = 720 roboczogodzin miesięcznie. 720 rbh /4 Kierowników

Zmiany = 180 roboczogodzin miesięcznie. Ponadto Odwołujący podkreślił, że w ramach wymogów bezpieczeństwa WB-1, Zamawiający wymaga, aby wykonawca zapewnił obsługę TIP w ramach lokalizacji niepodatnych na te same zagrożenia środowiskowe. W przypadku awarii Wykonawca musi zapewnić obsługę zgodnie z parametrami określonymi w SLA. Oznacza to, że wymienione w wyjaśnieniach wykonawcy Arteria 4 osoby musiałyby świadczyć usługi jednocześnie w co najmniej 2 oddalonych od siebie, z wymogów bezpieczeństwa, lokalizacjach, 24 godziny na dobę, a więc również w godzinach nocnych, przez siedem dni w każdym tygodniu, w tym w święta i dni ustawowo wolne od pracy. Przyjmując, zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego, że każda z tych osób zostaje zatrudniona w wymiarze 1 pełnego etatu, należy uznać, że możliwe są 3 warianty: 1) 4 osoby wskazane przez Przystępującego nie będzie w stanie podołać obowiązkom w powyższym wymiarze czasowym, w sposób zgodny z przepisami prawa pracy, co przełoży się na niewykonanie usługi; 2) 4 osoby wskazane przez Przystępującego nie będzie w stanie podołać obowiązkom w powyższym wymiarze czasowym, w sposób zgodny z przepisami prawa pracy, a Przystępujący przewiduje konieczność zatrudnienia dodatkowych osób, których wynagrodzenia nie ujął w ofercie, przez co cena podana Zamawiającemu jest zaniżona; 3) koszty pracy 4 osób wskazanych przez Przystępującego, biorąc pod uwagę konieczność ich zatrudnienia w warunkach pozwalających zachować ciągłość świadczenia usługi zgodnie z SLA generowałaby koszty pracownicze na poziomie znacznie przekraczającym koszty osobowe, jakie mogłyby się zmieścić w cenie wskazanej w ofercie tego wykonawcy.

Następnie Odwołujący wskazał na nieujęcie w kalkulacji kosztu zakupu niezbędnego wyposażenia pracowników. Odwołujący podniósł, iż z SWZ wynika jednoznacznie, że to na wykonawcy spoczywa ciężar zapewnienia całej infrastruktury sprzętowej, niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia. Bezsprzecznie, obejmuje to również podstawowy sprzęt wykorzystywany w pracy przez każdego konsultanta (co najmniej zestaw komputerowy wraz ze słuchawkami i mikrofonem, co daje koszt nie niższy niż 1.000 zł za 1 zestaw). Co istotne, projekt nie może być realizowany na sprzęcie prywatnym konsultantów, z uwagi na bezpieczeństwo oraz ograniczenia wskazane przez Zamawiającego w obszarze rozwiązań chmurowych (vide np. wymagania bezpieczeństwa WB-3, dopuszczające korzystanie z zasobów w chmurze wyłącznie do celów organizacyjnych). Koszt zakupu sprzętu w odpowiedniej ilości, odpowiadającej co najmniej liczbie stanowisk konsultantów używanych jednorazowo do obsługi callcenter, powinien stanowić istotną pozycję w kalkulacji kosztów. Koszt ten wzrasta, jeżeli wykonawca dopuszcza zdalną pracę konsultantów. W takim wypadku, nieodzowne jest zapewnienie osobnego zestawu dla każdego zaangażowanego w projekt konsultanta, a nie tylko każdego stanowiska. Alternatywnie, można rozważyć dopuszczenie sprzętu prywatnego konsultantów, ale wyłącznie z użyciem komercyjnego, odpłatnego rozwiązania typu VDI (virtual desktop infrastructure) np. Citrix lub VMware. Oprogramowanie to pozwala na zapewnienie odseparowania prywatnych zasobów i działań konsultanta od aplikacji służącej do obsługi projektu TIP. Oprogramowanie takie zapewnia m.in. blokadę kopiowania danych i nie przenoszenie wirusów oprogramowania prywatnego na system do obsługi projektu. Niezbędne byłoby także użycie rozwiązania typu VPN. Nie oznacza to jednak, że pozwoliłoby to Wykonawcy na bezkosztowe przygotowanie stanowisk pracy konsultantów. Odwołujący dodał, że komercyjne rozwiązanie VDI to koszt ok. 1.000 zł na stanowisko rocznie. Dostępne oprogramowania VDI typu open source nie spełniają wymogów bezpieczeństwa i technicznych przedmiotowego projektu lub też nie mogą być wykorzystane nieodpłatnie komercyjnie. Wskazał, że brak zastosowania rozwiązania VPN prowadziłby do wykorzystania chmury także w zakresie wyraźnie zakazanym przez Zamawiającego.

Wyjaśnienia Przystępującego zawierają informację, iż przy kalkulacji ceny wykonawca ten brał pod uwagę koszty rzeczowe, czyli koszty związane ze stanowiskami pracy oraz koszty infrastruktury niezbędnej do realizacji przedmiotu zamówienia. Koszty te podzielono na trzy obszary: 1) koszty związane z zapewnieniem odpowiednich pomieszczeń dla realizacji usługi; 2) koszty infrastruktury i utrzymania niezbędnego sprzętu; 3) koszty niezbędnych licencji. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Odwołującego nie sposób bezkrytycznie przyjąć do wiadomości zapewnienia Przystępującego, że ponieważ posiada na dzień złożenia oferty

kompletną infrastrukturę lokalowo - sprzętowo - systemową, to nie będzie on musiał „ponosić znacznych kosztów związanych z nabyciem kompleksowej infrastruktury sprzętowej oraz systemowej". Infrastruktura ta jest, jak wynika z wyjaśnień Wykonawcy, wykorzystywana przezeń i przez poszczególne wchodzące w skład grupy kapitałowej spółki, do świadczenia usług w ramach innych kontraktów. Dla potrzeb świadczenia usług w ramach przedmiotu zamówienia udzielanego w niniejszym postępowaniu, niezbędne jest zapewnienie odrębnego sprzętu dla przeszkolonych konsultantów, dedykowanych do pracy przy TIP NFZ. Nieprawdziwa jest więc podana przez Przystępującego informacja, że nie ponosi on kosztów związanych z nabyciem kompleksowej infrastruktury sprzętowej oraz systemowej. Koszty te w projekcie występują i są znaczące. Dlatego też wyjaśnienia Wykonawcy Arteria w tym zakresie należy uznać za niezgodne z prawdą. Ponadto, wyliczona w sposób wskazany w tych wyjaśnieniach cena, jest ewidentnie zaniżona, ponieważ nie uwzględnia istotnego kosztu nabycia nieodzownych zasobów sprzętowych.

Omawiając kwestię udostępnienie zasobów systemowych konsorcjantów i ich utrzymania Odwołujący podniósł, iż Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że „funkcjonująca w ramach Grupy Kapitałowej Arteria firma Trimtab posiada własne innowacyjne technologie informatyczne, interaktywne i mobilne rozwiązania. Trimtab dostarcza podmiotom z Grupy

Kapitałowej Arteria nowoczesne rozwiązania wykorzystywane niejednokrotnie w projektach realizowanych dla naszych Klientów". „Trimtab posiada system call center do obsługi infolinii, email oraz chat z nieograniczoną ilością licencji, umożliwiający realizację obsługi infolinii dla wielu Klientów. Tak więc uruchomienie infolinii TIP nie wiąże się dla wykonawcy z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów związanych z zakupem nowych licencji". Zdaniem Odwołującego są to jedyne informacje dotyczące tej części kosztów rzeczowych, które nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, są dostępne dla Odwołującego. Wynika z nich, że Przystępujący, przyjmując, że system informatyczny wraz z odpowiednią liczbą licencji, nie generuje żadnych kosztów. W tej kalkulacji nie podaje on jednak kosztów utrzymania tego systemu. Tymczasem, biorąc pod uwagę, że okres wykonywania zamówienia wynosi 36 miesięcy, koszt ten nie może być skalkulowany na poziomie zerowym, jak wynikałoby to z wyjaśnień Przystępującego, w tym z uwzględnieniem zapewnienia licencji dla Zamawiającego (wymóg SOPZ). Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego Przystępujący pominął, przy ustalaniu ceny wykonania zamówienia oraz przy kalkulacji przedstawionej na potrzeby wyjaśnień składanych w trybie art. 224 ustawy PZP, istotny koszt. Tym samym, cena zaoferowana Zamawiającemu została w sposób istotny zaniżona.

Dalej Odwołujący wskazał, iż również w przypadku wyliczenia kosztów utrzymania pogotowia serwisowego, Przystępujący podał w wyjaśnieniach, że posiada już takie pogotowie serwisowe utrzymywane stale, do obsługi innych infolinii w modelu 24/7. Wedle wyjaśnień wykonawcy, koszty jego utrzymania są stałe praktycznie niezmienne i jedynym kosztem ponoszonym w ramach świadczenia usługi na rzecz Zamawiającego, byłby koszt wynagrodzenia osób. Nie sposób uznać powyższego założenia za wiarygodne i możliwe do zrealizowania. Projekt TIP jest przedsięwzięciem zakładającym nieprzerwaną obsługę ok. 200.000 połączeń na miesiąc, w trybie 24 godz. / 7 dni przez najbliższe 36 miesięcy. Konieczne jest zapewnienie użytkownikom obsługi w 4 językach oraz w języku migowym, przy czym dla połączeń przychodzących możliwe jest jedynie jedno okno serwisowe w miesiącu

kalendarzowym trwające jednorazowo nie dłużej niż 3 godziny (w ramach godzin 0.00 - 5.00). Projekt ten, pod względem poziomu skomplikowania oraz ilości obsługiwanych połączeń znacznie przewyższa np. inne podobne usługi realizowane obecnie przez Wykonawcę Arteria dla Zamawiającego. Dlatego też, założenie, że nie wystąpią dodatkowe koszty związane choćby tylko z wyposażeniem dodatkowych stanowisk pracy dla serwisantów oraz ze zwiększoną eksploatacją wykorzystywanego przez nich sprzętu, jest zupełnie nierealne. Tym samym, również w zakresie świadczenia usługi help-desk, Przystępujący przedstawił

kalkulację niezgodną z prawdą, pomijając istotne koszty, a przez to niezgodną z przepisami ustawy PZP.

Odwołujący podniósł także, że Przystępujący wskazał w dokumencie zawierającym wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny (str. 55) że zamierza posłużyć się systemem Alfavox do realizacji wysyłki sms. System ten jest systemem zewnętrznym a korzystanie z niego wymaga poniesienia kosztu. Tymczasem Przystępujący w pozostałych częściach wskazuje że nie kalkulował w ofercie dostawy systemu od zewnętrznego dostawcy, a całość projektu realizuje w oparciu o narzędzia dostarczone przez konsorcjanta. Wykonawca zatem dokonał nieuprawnionego braku zaliczenia kosztu, który musi ponieść do realizacji projektu. Wykonawca wskazał, iż zamierza realizować przedmiot zamówienia przy pomocy podwykonawcy. Z treści wyjaśnień wynika, iż „ Konsorcjum uzyskało ofertę firmy zewnętrznej, która w ramach realizacji Zamówienia, będzie odpowiedzialna za realizację części prac objętych zakresem Zamówienia". Wykonawca nie wskazał jednak czy podwykonawca

określony w Formularzu ofertowym jest tym samym podmiotem, do którego odnoszą się wyjaśnienia. Do wyjaśnień nie załączono także „oferty firmy zewnętrznej" określającej koszt realizacji części zamówienia przez podwykonawcę. Twierdzenia w powyższym zakresie są zatem ogólne i gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami. Ponownego podkreślenia wymaga, iż Zamawiający wnosił nie tylko o złożenie wyjaśnień, ale również ich poparcia stosownymi dowodami. Wykonawca zaś nie złożył odpowiednich dokumentów. Z przepisów ustawy Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności, że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne. Zdaniem Odwołującego z treści wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie wynika zysk wykonawcy jaki osiągnie z tytułu realizacji zamówienia. Okoliczność ta ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia możliwości realizacji zamówienia za daną cenę, ale także wobec faktu, iż wykonawcą jest konsorcjum firm składające się z kilku podmiotów. Oznacz to, iż zysk będzie dzielony pomiędzy tymi podmiotami. Wykonawca nie wykazał, iż realizacja zamówienia jest dla niego opłacalna i zapewni mu zysk, na poziomie satysfakcjonującym wszystkich konsorcjantów.

Reasumując wskazał, iż wyjaśnienia wykonawcy są nie tylko ogólne i gołosłowne, ale wskazują, iż oferta została niedoszacowana. Pominięcie w kalkulacji m. in. Kosztów podwykonawcy oraz zysku stanowi przykład niedopuszczalnej manipulacji ceną ofertową w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami. Działanie takie określane jest jako tzw. subsydiowanie skrośne, czyli nieuprawnione pokrywanie kosztów ceny oferty o nierynkowym charakterze z innej działalności określonego przedsiębiorcy, a nie z wynagrodzenia uzyskanego za dane zamówienie. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie sprostał obowiązkom prawidłowego skalkulowania ceny oferty oraz wykazania, iż cena nie jest ceną rażąco niską. Podkreślił, iż dowód na brak zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. W ocenie Odwołującego przedstawione wyjaśnienia w znacznej mierze stanowiące charakterystykę poszczególnych członków konsorcjum, zostało przygotowane wyłącznie na poczet złożenia przedmiotowych wyjaśnień. Nie stanowiło natomiast punktu wyjścia do kalkulacji ceny oferty. Wobec powyższego zdaniem Odwołującego cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niską i z tego względu oferta winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zauważył także, że Przystępujący przywołuje okoliczności niezgodne z prawdą, wskazał bowiem na str. 8 wyjaśnień, że „Najistotniejszym czynnikiem budującym przewagę rynkową naszej spółki nad pozostałymi Wykonawcami uczestniczącymi w niniejszym postępowaniu jest dogłębna i wieloaspektowa znajomość przedmiotu zamówienia". Przystępujący nie może znać przedmiotu zamówienia, a w szczególności nie może znać go lepiej niż inni wykonawcy. Przystępujący nie realizował dotąd usługi TIP dla NFZ, a na rynku nie funkcjonuje żadna inna usługa która byłaby tożsama z projektem TIP. Jedynym podmiotem, realizował usługę TIP na polskim rynku, jest Odwołujący. Przystępujący wskazał też na swoje doświadczenie we współpracy z NFZ w obszarze Narodowego Programu Szczepień Przeciw COVID-19 (NPSzPC-19) jako czynnik uzasadniający niską cenę. W tym obszarze większe doświadczenie (zarówno w zakresie obsłużonej liczby połączeń jak i czasu współpracy) posiada Odwołujący. Odwołujący podkreślił, że sama okoliczność współpracy Przystępującego z NFZ przy innych projektach nie może stanowić argumentu dla uznania, że oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu nie charakteryzuje rażąco niską ceną. Przystępujący wskazał, że w związku z pracą w ramach projektu NPSzPC-19: „Wypracowaliśmy unikatowe know-how oraz zbudowaliśmy doświadczony zespół obejmujący zarówno konsultantów, jak i szeroką strukturę kadry kierowniczej, w tym kierownika projektu, kierowników oraz trenerów. Powyższe przekłada się bezpośrednio zarówno na oszczędności związane z pozyskaniem i przeszkoleniem personelu, a także na oszczędności związane z wieloletnią optymalizacją modelu organizacji i zarządzania usługą contactcenter w rzeczywistym środowisku Zamawiającego.". Projekt NPSzPC-19 jest odrębną infolinią NFZ dedykowaną wyłącznie zapisom na szczepienia przeciw COVID-19 oraz informacjom związanym z tymi szczepieniami. Tymczasem Infolinia TIP NFZ jest infolinią dotyczącą wszystkich świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych i swoim merytorycznym zakresem obejmuje wiele ustaw regulujących publiczną służbę zdrowotną, od zagadnień związanych z transportem obywateli Polski ze szpitali zagranicznych do Polski, przez działanie sanatoriów, uzyskiwanie skierowań na świadczenia czy finansowania protez. Specyfika obu projektów jest istotnie odmienna, zarówno merytorycznie jak i organizacyjnie. NPSzPC-19 obsługuje sprawy indywidualne, wymagane jest uzyskanie dostępu dla konsultantów do systemu publicznego w tym kalendarzu szczepień. Tymczasem Infolinia TIP wymaga dostępu do innych źródeł wprost wskazanych przez Zamawiającego w SOPZ. Zatem, posiadanie kadry przeszkolonej na projekcie NPSzPC-19 nie stanowi przewagi czy ułatwienia

w realizacji projektu TIP. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że jest obecnie jedynym podmiotem posiadającym kadrę przeszkoloną w obsłudze projektu TIP. W tym kontekście szczególnie niezrozumiałe i niewiarygodne zdają się być wyjaśnienia Przystępującego. Są one chybione i mogłyby zostać uznane za wiarygodne jedynie przez osobę, która nie zapoznała się z opisem obu projektów i ich zakresem merytorycznym. Wskazuję także, że Przystępujący posiada ok. 4 miesięczne doświadczenie w zarządzaniu projektem TPK (co wykonawca ten wskazał w wyjaśnieniach), jednak jest to projekt: realizowany w ramach konsorcjum, którego jedynie 15% udział posiada Przystępujący, projekt posiada odmienną specyfikę i wymogi; kadrę tego projektu stanowią lekarze i pielęgniarki które nie są dostarczane przez tego wykonawcę; system informatyczny do obsługi tego projektu jest systemem innego rodzaju tj. musi stanowić system komunikujący się z systemem P1 - tj. stanowić system pozwalający na prowadzenie elektronicznej dokumentacji medycznej. Doświadczenie w zakresie zamkniętego już projektu TPK z pewnością jest interesujące, jednakże infolinia funkcjonowała krótko, dla niewielkiego ruchu i dotyczyła także innego rodzaju usług. Fakt posiadania takiego doświadczenia w żaden sposób nie może stanowić uzasadnienia dla ceny proponowanej w niniejszym postępowaniu.

Uzasadniając zarzut dotyczący zastrzeżenia treści dokumentów Przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący przedstawił wywody natury ogólnej dotyczące prymatu zasady jawności postępowania i przywołał orzecznictwo odnoszące się do przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego nie spełnia wymogów wskazanych w ww. przepisie. Wykonawca ten, w sposób ogólnikowy próbuje tłumaczyć, że w zasadzie każda istotna dla postępowania informacja dotycząca którejkolwiek ze startujących w ramach jego konsorcjum spółek, jak również dotycząca planowanego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, posiada dla niego wartość gospodarczą, a jej ujawnienie wiązałoby się dla niego z utratą przewagi nad konkurencją. Ponadto, w swej argumentacji jest niekonsekwentny. Określone rodzaje informacji zastrzega jako stanowiące tajemnicę, kiedy na ich podstawie możliwa byłaby weryfikacja jego zdolności do udziału w postępowaniu i do wykonania zamówienia, a ujawnia, gdy przemawiają na jego korzyść. Brak przy ty jakiegokolwiek uzasadnienia, dla tak różnego podejścia do tego samego rodzaju informacji i np. w kwestii ujawnienia podmiotów, dla których wcześniej świadczył usługi, brak wytłumaczenia dlaczego może ujawnić wszystkie, za wyjątkiem tych, które zapewniają mu referencje i możliwość wykazania doświadczenia.

Odwołujący wskazał, iż Przystępujący zastrzegł wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w całości. Zastrzeżenie dotyczy więc nie tylko danych, pozwalających zidentyfikować te osoby lub ustalić warunki ich zatrudnienia przez tego Wykonawcę, ale wszelkie informacje dotyczące doświadczenia, kompetencji osób, którymi, jak deklaruje, zamierza się posłużyć przy wykonaniu zamówienia. Jako argument przemawiający za zastrzeżeniem podaje, poza wymogami RODO, iż w przypadku ujawnienia informacji wystąpiłoby ryzyko „podbieranie pracowników" przez konkurencyjnych wykonawców. Odwołujący nie zgodził się z powyższym rozumowaniem. Wykonawca sam podaje informację, że wszystkie dane dotyczące osób mających wykonywać usługi, zostały już przez niego zanonimizowane. Nie istnieje więc ryzyko tego, że na podstawie dokumentacji przedłożonej w postępowaniu, inny wykonawca mógłby dotrzeć do konkretnej osoby i złożyć jej propozycję współpracy korzystniejszej niż z Przystępującym. O ile więc, utajnienie konkretnych danych osób fizycznych istotnie może być uzasadnione, to ujawnienie zanonimizowanych danych dotyczących wykształcenia, doświadczenia i kompetencji tych osób w żaden sposób nie może zagrozić Przystępującego, o ile z danych tych nie wynika, że osoby te nie dają gwarancji prawidłowego wykonania usług na poziomie SLA wymaganym przez Zamawiającego w ramach Postępowania. Tymczasem, jak wskazano w dokumencie dot. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest nadmiernie szerokie tj. "Wykonawca utajnił imiona i nazwiska osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz dane identyfikujące te osoby" oraz nie pozwala nawet Zamawiającemu na dokonanie oceny czy Wykonawca faktycznie dysponuje lub będzie dysponował tymi osobami a zatem czy spełnia wymóg postępowania, bowiem Wykonawca Arteria w dokumencie stanowiącym wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wprost stwierdził "W załączeniu przedkładamy wyciągi z odpowiednich umów. Wyciągi te zostały zanonimizowane, jednak za każdym razem wskazujemy na: aktualność umowy, stanowisko oraz wysokość wynagrodzenia". Zatem, Zamawiający nie otrzymał dowodu, że Przystępujący spełnił wymogi zdolności technicznej lub zawodowej wskazane w pkt V ppkt 2.4 SWZ. 14. Wskazane przez Wykonawcę Arteria podstawy, dla których dane zawarte w wykazie osób powinny być uznane za tajemnicę jego przedsiębiorstwa, są niesłuszne. Zastrzeżenie to należy więc potraktować jak złożone bez wiarygodnego uzasadnienia, a co za tym idzie, nieskuteczne. Odwołujący zauważył, iż wykaz nie zawiera treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie dla ww. wykonawcy. Treść wykazu jest bowiem determinowana przez treść SWZ - SWZ wyraźnie określa, jakie informacje mają się znaleźć w wykazie. Ponadto odwołanie się do rzekomego „podbierania pracowników" świadczy wyłącznie nie niekorzyść

Wykonawcy. Odwołujący powołał się na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3061/20, podnosząc, że Przystępujący nie wykazał ani nie udowodnił, iż „podbieranie pracowników"

wynika z jego doświadczenia. Co więcej nie złożył żadnych dokumentów w zakresie zabezpieczenia się przed powyższym. Wykonawca nie wskazał wartości straty, ani nie wykazał, jakie inne straty może ponieść w wyniku ujawnienia wykazu osób. Zastrzeżenie wykazu osób dedykowanych do realizacji zamówienia ma na celu jedynie uniemożliwienie weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dalej Odwołujący wskazał, iż w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach załączonych do oferty oraz do odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów, wykonawca Arteria argumentuje, iż referencje oraz wykaz usług zawierają „informacje istotne z punktu widzenia handlowego i organizacyjnego Wykonawcy, tj. szczegóły współpracy z innymi podmiotami rynku prywatnego, których ujawnienie może negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową firmy Wykonawcy". Wykonawca ten twierdzi, że ujawnienie danych o podmiotach, z którymi współpracuje, może spowodować, że podmioty te (z uwagi na utratę zaufania), nie będą chciały podpisać z nim kolejnego kontraktu. Jednak podejście to jest niekonsekwentne, ponieważ w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp, wymienia na stronach 55-56 szereg firm, dla których świadczył „obsługę infolinii 24/7/365". Co więcej, powołanie się przez wykonawcę na realizację usług na rzecz podmiotów prywatnych, poza sektorem Pzp, nie czyni per se uzasadnienia do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca winien w tym zakresie wykazać, iż realizacja zamówień na rynku prywatnych stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa także z zakresie wynikającym z umów zawartych z tymi podmiotami. Zastrzeżenie takie musi wprost wynikać z łączącej strony umowy. Wykonawca nie załączył dowodów potwierdzających, że Zamawiający z sektora prywatnego, zobowiązali go do zachowania poufności. Brak takiego zastrzeżenia powoduje, iż informacja na temat realizacji określonych zamówień traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, a także wobec faktu, że Przystępujący nie wskazuje na szczególne zobowiązania do zachowania tajemnicy świadczenia akurat tych usług, na podstawie których dowodzi spełnienia wymogów SWZ, nie można uznać tych informacji za skutecznie zastrzeżone. Uzasadnienie wykonawcy jest bowiem ogólnikowe i opiera się na twierdzeniu, że jakiekolwiek ujawnienie informacji spowoduje szkody dla jego pozycji rynkowej. Jednocześnie sam, w innych składanych dokumentach, ujawnia część informacji, które, jak wynika z jego wyjaśnień, nie powinny być ujawnione.

Odwołujący podniósł także, iż w części „Opis proponowanego podejścia do świadczenia usługi infolinii TIP" Przystępujący wskazał, że „w dokumencie zawarto szczegółowe informacje dotyczące opisu struktury zespołu projektowego, sposobu dostosowania struktury organizacyjnej do świadczenia usługi, wskazania, w jaki sposób Wykonawca zamierza spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego, jak również opis planowanych do zastosowania w ramach postępowania procesów". Przystępujący, jak twierdzi, „bardzo precyzyjnie przyporządkowuje obowiązki dla poszczególnych ról (osób) w projekcie. Dokładnie opisuje każdy proces dotyczący m.in. szacowania obsady, monitoringu czy kontroli konsultantów". Odwołujący zauważył, że informacje te dotyczą sposobu planowanego wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach postępowania. Wymagania co do sposobu realizacji tego zamówienia Zamawiający w szczegółowy sposób opisał w SOPZ. Wykonawcy powinni więc wykazać, że wybrany przez nich sposób odpowiada tym wymaganiom, tzn. podlegające realizacji zadania przypiszą odpowiedniej liczbie, odpowiednio wyszkolonych i przygotowanych ludzi, pracującym w ramach struktury wymaganej przez Zamawiającego. Oznacza to, że proponowane Zamawiającemu rozwiązanie musi być dostosowane do konkretnych, precyzyjnie określonych wymagań. Nie jest więc prawdą, jak twierdzi wykonawca, że opis organizacji infolinii da NFZ stanowi jego autorski, nadający się do wielokrotnego użycia wewnętrzny dokument, zapewniający mu przewagę konkurencyjną w „innych przetargach na specjalistyczne usługi callcenter". Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 22 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 715/21. Przyjęcie stanowiska odmiennego niż prezentowany w tym wyroku, prowadziłoby zdaniem Odwołującego do uznania, że każdy wykonawca może zastrzec praktycznie całość swojej oferty, ewentualnie za wyjątkiem zbiorczej ceny, twierdząc, że zawiera ona jego „autorskie rozwiązania". Tak właśnie postąpił w przedmiotowym postępowaniu, przy zgodzie Zamawiającego, Przystępujący. Utajnienie informacji dotyczących planowanego świadczenia usług TIP nie służy więc ochronie wypracowanego przez tego wykonawcę know-how ani innej informacji o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym, posiadającej wartość gospodarczą, ale jedynie niedopuszczeniu do weryfikacji poprawności rozwiązania konkretnego, wskazanego precyzyjnie przez Zamawiającego zagadnienia organizacyjnego. Przystępujący, zastrzegając ogólnie wszystkie informacje dotyczące sposobu świadczenia usług, w sposób bezprawny próbuje uniemożliwić zweryfikowanie wykonalności podanego w ofercie i wycenionego przez siebie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Nie mając dostępu do tego opisu, a za to znając podaną przez niego, istotnie odbiegającą od rynkowych realiów cenę, można wnioskować, iż w sposób sztuczny zaniża on koszty osobowe lub deklaruje wykonanie niezbędnych czynności niewystarczającymi do tego zasobami ludzkimi. Nie jest bowiem rzeczą trudną, przypisanie jednej osobie czynności zarządzania i kontroli projektu w zakresie przerastającym możliwości tej osoby i wskazanie zaniżonego kosztu, co nie czyni jednak

takiego planu wykonalnym. Na stosowanie takich zabiegów wskazuje choćby zatrudnienie jedynie 4 kierowników zmiany (przy projekcie przewidującym obsługę ok. 200.000 połączeń na miesiąc, 24 godz. przez 7 dni w tygodniu). Pozostali działający na rynku wykonawcy, w tym

Odwołujący, mogą bez trudu wskazać nierealność takich propozycji. Dlatego też, Przystępujący próbuje uniemożliwić dokonanie takiej weryfikacji wiedząc, że Zamawiający nie będzie skłonny do weryfikowania zasadności objęcia większej części oferty tajemnicą i ujawnienia jej, z obawy przed ewentualnym powództwem ze strony Przystępującego.

Odwołujący wskazał także na niekonsekwentne stanowisko Przystępującego w zakresie utajnienia kosztów rzeczowych. Wykonawca w wyjaśnieniach ceny, argumentując za utajnieniem informacji dotyczących kosztów rzeczowych, jest niekonsekwentny i podaje sprzeczne informacje. Na str. 45 podaje, iż „posiadał na dzień złożenia oferty kompletną

infrastrukturę lokalowo - sprzętowo - systemową. Tym samym, aby mieć możliwość realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca nie będzie musiał ponosić znacznych kosztów związanych z nabyciem kompleksowej infrastruktury sprzętowej oraz systemowej." Natomiast na str. 64, uzasadniając potrzebę zastrzeżenia danych jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa, Przystępujący podaje, że jego przewaga konkurencyjna „wynika też z oszczędności w zakresie kosztów rzeczowych", a „umiejętność pozyskania tańszej infrastruktury czy kosztów najmu nieruchomości wpływa korzystnie na finalną cenę oferty." Przystępujący raz wskazuje więc, że dysponuje gotowymi zasobami, których nie musi nabyć, przez co jego koszt jest zerowy. Następnie zaś, argumentuje, że choć ich nie poniesie (co samo w sobie jest twierdzeniem nieprawdziwym, co wskazano już w niniejszym odwołaniu) to sposób na ich obniżenie stanowi jego chronioną tajemnicę. Ponieważ twierdzenia wykonawcy, podane jako uzasadnienie utajnienia informacji, odnośnie tych samych danych, są ze sobą nie d pogodzenia, to nie można przyjąć takiego uzasadnienia jako skutecznego. Tym samym, dane objęte tymi sprzecznymi twierdzeniami, powinny zostać odtajnione.

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 5 odwołania, w części dotyczącej nieodtajnienia informacji zawartych w wykazie usług odnoszących się do usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Pismo procesowego w sprawie w dniu 20 grudnia 2021 r. złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Ponadto Odwołujący w dniu 21 grudnia 2021 r. złożył pismo procesowe uzupełniające argumentację w zakresie dotyczącym oceny ofert w kryterium nr II.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Arteria Customer Services Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Trimtab Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Contact Center Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Arteria Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika postępowania..

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr I nr 5 odwołania, w części dotyczącej nieodtajnienia informacji zawartych w wykazie usług odnoszących się do usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku. Zarzut ten został uwzględniony przez Zamawiającego zgodnie z oświadczeniem zawartym w odpowiedzi na odwołanie, natomiast Przystępujący na posiedzeniu w dniu 21 grudnia 2021 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w ww. części, co wyczerpuje dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania

Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Przystępującego wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców wraz z załącznikami, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez obu wykonawców, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła, co następuje:

Opisany w pismach procesowych przebieg postępowania o udzielenie zamówienia oraz przywoływana treść dokumentów zamówienia oraz dokumentów składanych przez wykonawców nie były sporne pomiędzy Stronami i Uczestnikiem.

Dodatkowo Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi infolinii

Telefonicznej Informacji Pacjenta na rzecz Narodowego Funduszu Zdrowia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera OPZ, stanowiący załącznik nr 1 do Specyfikacji. Szczegółowy sposób realizacji zamówienia określa wzór umowy stanowiący załącznik nr 2 do Specyfikacji. Miejsce realizacji usługi infolinii Telefonicznej Informacji Pacjenta (TIP): terytorium Rzeczpospolite Polskiej. Zamawiający wskazał ponadto w SWZ, iż przedmiot zamówienia będzie realizowane od dnia zawarcia umowy i obejmuje: 1) Etap I: okres uruchomienia usługi infolinii TIP - nie dłuższy niż 30 dni od dnia podpisania umowy (*do umowy zostanie wpisany konkretny termin wskazany w ofercie), jednak nie wcześniej niż od 31.07.2021 r., 2) Etap II: 36 miesięczny okres świadczenia usługi infolinii TIP, 3) Etap III: przekazanie wymaganych dokumentów i materiałów w terminie do 7 dni po zakończeniu Etapu II.0 ze zm.).

W pkt XVI SWZ ustalono następujące kryteria oceny ofert: cena - o wadze 70%, termin uruchomienia usługi infolinii - o wadze 10% oraz proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP (I) - o wadze 20%. Maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w kryterium Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP wynosiła 20 pkt. Ocenie w tym kryterium podlegało:

1. Zaplanowanie uruchomienia infolinii - 6 punkty (suma pkt. 1.1, 1.2, 1.3):

1.1. sposób dostosowania struktury do planowanej wielkości obsługiwanych zgłoszeń - 2 punkt, struktura organizacyjna powinna przewidywać obligatoryjnie: wskazanie liczby konsultantów dostępnych w każdej godzinie pracy TIP (zgodnie z przyjętym trybem 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu) oraz na każdej zmianie; wskazanie liczby konsultantów porozumiewających się w języku angielskim na każdej zmianie, w tym Kierowników zmiany, wskazanie liczby osób nadzorujących pracę konsultantów na każdej zmianie; strukturę organizacyjną na każdej zmianie; planowane metody i procedury kontroli jakości pracy konsultantów. Brak jednego z tych elementów powoduje brak punktowania.

1.2. sposób dopasowania struktury organizacyjnej do ewentualnie rosnącej liczby Klientów - maksymalnie 2 punkt,

1.3. opracowanie wykazu spełniania wymagań - 2 punkt, wykaz powinien obejmować obligatoryjnie sposób spełniania wymagań określonych szczegółowo w opisie przedmiotu zamówienia, a także informacje o lokalizacji miejsca świadczenia obsługi TIP, a także opis sposobu dostępu do danych dla przedstawicieli Zamawiającego, w tym w celu weryfikacji parametrów świadczenia usług, a także projekty raportów bieżącego (dziennego) i okresowego, projekty raportów ze szkoleń konsultantów - brak jednego z tych elementów powoduje brak punktowania;

2. Propozycję procedur - 8 punkty (punkt za każdą procedurę (suma pkt. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4)):

2.1. obsługi Klientów niepełnosprawnych,

2.2. zapewnienie jakości obsługi zgłoszeń,

2.3. zarządzania stałą aktualizacją katalogu scenariuszy rozmów,

2.4. obsługi sytuacji nieprzewidzianych w katalogu zgłoszeń, w tym procedurę wyjaśniania odstępstw jakości usług od ustalonych parametrów,

2.5. każda procedura będzie oceniania pod kątem następujących kryteriów:

2.5.1. przebieg i zakres - 1 punktu, nie będzie punktowane, jeśli w procedurze nie będą określone jej przebieg od inicjacji do realizacji oraz jej zakres;

2.5.2. role i odpowiedzialność - 0,5 punktu, nie będzie punktowane, jeśli w procedurze nie będą przypisane konkretne role i odpowiedzialność poszczególnych typów pracowników Wykonawcy,

2.5.3. monitorowanie i raportowanie kolejek/ liczby oczekujących/ monitorowanie jakości rozmów - odsłuchiwanie losowo rozmów - 0,5 punktu, nie będzie punktowane, jeśli w procedurze nie będą określone sposoby monitorowania i raportowania realizacji

procedury.

3. Zastosowanie procesów zarządzania zmianą i pojemnością oraz kwestii dotyczących

testów - 6 punkty (suma pkt. 3.1, 3.2, 3.3):

3.1. opisanie procesu zarządzania zmianą - 1,5punktu,

3.2. opisanie procesu zarządzania pojemnością usługi infolinii TIP zgodnie z metodyką zarządzania usługami ITIL v 3.0 - 1,5 punktu;

3.3. opisanie planu testów - 3 punktu, który będzie zawierał:

- proponowany harmonogram testów,

- metodykę testowania (warunki realizacji testów; założenia obciążeniowe; przygotowanie testów i środowisko testowe, scenariusze testów; rejestrowanie wyników testów),

- proponowany podział ról i odpowiedzialności w trakcie testów,

- kryteria spełniania wymagań.

Plan testów powinien uwzględniać przeprowadzenie testów w zakresie

a. weryfikacji parametrów wydajnościowych przy 100 osobach dzwoniących jednocześnie przez 8 godzin,

b. weryfikacji parametrów wydajnościowych przy 60 wiadomościach poczty elektronicznej w ciągu godziny,

c. weryfikacji parametrów wydajnościowych przy 60 sesjach w komunikatorze chat w ciągu godziny,

d. weryfikacji interaktywnej obsługi osoby dzwoniącej IVR (ang. Interactive Voice

Response) i opracowanych w tym zakresie procedur,

e. raportowania (bieżące - dzienne, okresowe),

f. dostępu Zamawiającego do zasobów systemu wykorzystywanego w ramach

obsługi TIP.

Zamawiający wskazał ponadto, iż brak jakiegokolwiek elementu składającego się na plan testów powoduje brak punktowania. Ocena Proponowanego podejścia do świadczenia usługi infolinii TIP zostanie dokonana na podstawie złożonego dokumentu, o których mowa w rozdziale XIII SWZ. Przedstawione proponowane podejście powinno zawierać opis wszystkich elementów, o których mowa w pkt. 1 do 3. Nieprzedstawienie proponowanego podejścia bądź pominięcie jednego z jego elementów spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1. pkt 5 ustawy Pzp.

Wartość szacunkową zamówienia określono na kwotę 71 838 342,86 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp została ustalona na kwotę 35 919 171,43 zł. Kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, po korekcie dokonanej

w dniu 30 września 2021 r., to 88 361 161,74 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty - Odwołującego z ceną 28 998 550,08 zł brutto i Przystępującego z ceną 24 341 180,05 zł brutto. Obaj wykonawcy zastrzegli tajemnicą przedsiębiorstwa załączone do ofert Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP wraz z załącznikami. Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa również wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wykaz usług, referencje oraz załączniki nr 1 i 2 do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadniając powyższe działanie Przystępujący wskazał na art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 u.z.n.k., omawiając powyższe regulacje i przywołując orzecznictwo. Podniósł, iż uzyskanie przedmiotowych informacji przez jego konkurentów może doprowadzić do działań i sytuacji gospodarczo niekorzystnych, również w przyszłych potencjalnych zamówieniach, których realizacji mógłby podjąć się wykonawca. Mając na względzie wnioski wypływające z powołanej legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca oświadczył, że poprawnie zakwalifikował informacje zawarte we wskazanych dokumentach, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz wypracowanej przez doktrynę i judykaturę wykładni tego przepisu; żadna z informacji wyżej wymienionych nie była uprzednio znana albo łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie ma możliwości podjęcia o niej wiedzy tzw. „zwykłą" drogą; wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania w/w informacji w poufności. Przystępujący wskazał także, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec., str. 1965, pkt 28 oraz wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. Str. I-1911, pkt 37). Nieujawnienie zatem informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez wykonawcę zastrzeżona w ofercie, nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a wręcz przeciwnie - stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

W zakresie opisu proponowanego podejścia do świadczenia usługi infolinii TIP Przystępujący wskazał, iż przedmiotowy dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie może być udostępniane osobom trzecim. W definicji terminu „tajemnica przedsiębiorstwa" wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub handlowy przedsiębiorstwa i posiada wartość gospodarczą, nie jest powszechnie znana, a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca wskazał, iż informacje zawarte w dokumencie „Opis proponowanego podejścia od świadczenia usługi infolinii TIP" spełniają przesłanki tajemnicy wskazane powyżej. Informacje te jako ważne know how wykonawcy, stanowią istotną wartość organizacyjną oraz gospodarczą. W dokumencie zawarto szczegółowe informacje dotyczące opisu struktury zespołu projektowego, sposobu dostosowania struktury organizacyjnej do świadczenia usługi, wskazania, w jaki sposób Wykonawca zamierza spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego, jak również opis planowanych do zastosowania w ramach postępowania procesów. Wykonawca bardzo precyzyjnie przyporządkowuje obowiązki dla poszczególnych ról (osób) w projekcie. Dokładnie opisuje każdy proces dotyczący m.in. szacowania obsady, monitoringu czy kontrola konsultantów. W opisie tym znajdują się informacje o sposobie wykonania usługi, o możliwościach adaptacyjnych do określonych w SWZ warunków. Takie dane stanowią przewagę konkurencyjną wykonawcy. Dzięki właściwie opracowanej, a następnie „organizacji infolinii" wykonawca ma możliwość wykonania usługi z godziwym zyskiem, w cenie poniżej stawek zaoferowanych przez konkurencję. Jeżeli takie dane zostaną ujawnione, wykonawca straci wskazaną przewagę konkurencyjną w innych przetargach na specjalistyczne usługi call center. Przystępujący wskazał, iż jest to obszerny dokument w całości autorstwa pracowników wykonawcy i stanowi on utwór w rozumieniu przepisów o prawie autorskim. Tak więc oprócz walorów know how, posiada cechy oryginalności i nie powinien być udostępniony publicznie - w szczególności konkurencji, która może wykorzystać go w analogicznych przetargach, co spowoduje, że wykonawca (największa grupa kapitałowa contact center) utraci przewagę konkurencyjną. Szczegółowo opisano zasady monitoringu, szkoleń oraz sposobu obsługi kanałów mailowych i telefonicznych. W zastrzeżonym dokumencie sprecyzowano też kwestię wsparcia IT, które Wykonawca ma zamiar wykorzystać - utajnienie jest zatem w tym wypadku dodatkowo uzasadnione względami bezpieczeństwa.

W tym miejscu w piśmie przedstawiono informacje dotyczące wartości gospodarczej, które objęto tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego ich treść nie została przytoczona.

Dalej Przystępujący wskazał, iż chronienie informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa o tak dużej wartości gospodarczej w tym konkretnym zakresie jest niezbędne. Reasumując - Opis proponowanego podejścia do realizacji usługi, daje wiedzę, co do sposobu funkcjonowania wykonawcy i jego zasobów. Podkreślić należy, że wskazywany Opis jest

unikatowy na rynku, a jego stworzenie było zarówno czasochłonne, jak i kosztochłonne dla wykonawcy. Odnośnie przesłanki „utrzymania ich w poufności" wykonawca wyjaśnił, iż informacje zawarte w Opisie nie zostały podane do wiadomości publicznej. Oznacza to, iż informacje te są nieznane ogółowi, w szczególności osobom, które ze względu na swoją działalność zawodową są zainteresowane jej posiadaniem. Mając na uwadze ogromne znaczenie gospodarcze, jakie wynika dla wykonawcy z informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie, zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności - tym samym spełniona jest także ostatnia przesłanka ustawowa.
W szczególności wyjaśnił, iż zobowiązał wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu dokumentu do zachowania poufności w tym względzie. W odniesieniu do zastrzeżonych informacji, Wykonawca jest uprawnione do stwierdzenia, iż żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może poznać tych informacji zwykłą drogą, w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z jego strony - a zatem spełniona jest przesłanka „nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób".

W odniesieniu do wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia Przystępujący wskazał, iż cześć informacji zawartych w Wykazie osób stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca utajnił imiona i nazwiska osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz dane identyfikujące te osoby. W pierwszej kolejności należy wskazać, że są to dane osobowe, chronione przepisami RODO. Jednak przede wszystkim informacje te stanowią istotną wartość organizacyjną oraz gospodarczą. Wykonawca skompletował zespół, którzy zapewniają należytą realizację zamówienia. Gwarantują to wysokie kwalifikacje osób zaproponowanych do pełnienia poszczególnych funkcji. Osoby te zostały wybrane spośród kadry zatrudnianej przez Wykonawcę. Mając na uwadze, że pozyskanie wykwalifikowanej kadry jest skomplikowanym przedsięwzięciem logistycznym - ujawnienie informacji o personaliach czy innych informacji, że dane o istotnym znaczeniu dla Wykonawcy zostaną ujawnione konkurencji. Przedmiotowy Wykaz został sporządzony na potrzeby niniejszego postępowania i wcześniej nie był nigdy udostępniany. Przedmiotowy Wykaz osób jest indywidualną informacją organizacyjną, posiadającą wartość gospodarczą, gdyż dzięki tym osobom i ich kwalifikacjom Wykonawca jest w stanie pozyskać i wykonać zamówienie, a ponadto w tym oraz w innych postępowaniach składać konkurencyjne oferty. Wykonawca może nawet stwierdzić, że jego oferta jest najkorzystniejsza, tzn. zawiera obiektywnie najlepszy stosunek ceny do jakości. Przystępujący podniósł, że zarówno w dotychczasowej jak i obecnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wyznacznikami uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej obiektywna wartość gospodarcza, jaką sobą przedstawia. Wskazani w Wykazie specjaliści z racji posiadania wysokich kwalifikacji i doświadczenia, mających specjalistyczny charakter, stanowią cenny (o ile nie najcenniejszy) element potencjału przedsiębiorstwa Wykonawcy. Całość usługi w niniejszym postępowaniu opiera się o kompetencje wskazanych podmiotów. Jest zatem oczywiste stwierdzenie, iż ujawnienie informacji dotyczących tych osób mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której inne, konkurencyjne w stosunku do Wykonawcy podmioty podjęłyby działania zmierzające do pozyskania osób wchodzących w skład zespołu stworzonego przez Wykonawcę, na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. W konsekwencji doprowadziłoby to do sytuacji, w której pozycja rynkowa Wykonawcy uległaby znacznemu osłabieniu. Konieczne jest również podkreślenie, iż już samo zebranie w jeden zespół osób o tak specjalistycznych kwalifikacjach i doświadczeniu stanowi wartość gospodarczą przedsiębiorcy, której ujawnienie z pewnością pozostawałoby w sprzeczności z jego uzasadnionym interesem gospodarczym. Przewaga Wykonawcy, wynika z tego, że dysponuje stałym i stabilnym zespołem, podczas gdy konkurenci w tego typu postępowaniach bardzo często wykazują w ofertach specjalistów wskazywanych w ofertach ad hoc, wyłącznie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - pomimo iż danego wykonawcy nie łączy z taką specjalistą żadna umowa. Następnie starają się podkupywać specjalistów wskazanych w ofertach Wykonawcy, co miało zdarzało się już w przeszłości. Przystępujący wskazał również, iż nie jest konieczne wykazywanie ryzyka wrogiego przejęcia pracowników, ponieważ zastrzeżenie przedmiotowych informacji stanowić ma właśnie ochronę przed takimi praktykami rynkowymi i nie świadczyłoby dobrze o Wykonawcy, gdyby musiał mieć najpierw negatywne doświadczenia w „podkupywaniu" personelu, aby móc następnie chronić wskazane informacje. O unikalnym charakterze, wyjątkowo specjalistycznym, usprawiedliwiającym przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z takim doświadczeniem świadczy sam fakt, że zamawiający wymaga wykazania się taki osobami na etapie składania ofert. Utrata niektórych nawet członków personelu spowoduje zachwianie pozycji konkurencyjnej Wykonawcy. Nie ulega z kolei wątpliwości, że dostęp konkurencji do takich informacji jak: imiona i nazwiska personelu - pozwala konkurencji zidentyfikowanie takich osób, np. poprzez serwisy typu LinkedIn. W konsekwencji umożliwia to konkurencji dotarcie do nich, a w konsekwencji procedurę „podkupywania". Z kolei „podkupienie" pracowników może niweczyć udział Wykonawcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym, jakim jest świadczenie usług na rzecz Zamawiającego i ostatecznie spowodować pogorszenie pozycji Wykonawcy na tym specyficznym rynku, gdzie o sile firmy przesądzają ludzie. Wskazał, że jak wynika z oceny iniJOB.com, odejście wysokiej klasy specjalisty, generuje stratę w wysokości do 100% jego

rocznego wynagrodzenia. Wykonawca chroni także informację dotyczącą konkretnego zestawienia, doboru osób do wykonania przedmiotowego zamówienia. Co istotne jednym z elementów przygotowania oferty, w sposób najbardziej efektywny dla jego realizacji również pod względem finansowym jest właściwe zestawienie zespołu osób zarówno pod kątem współpracy, efektywności działania, doświadczenia wzajemnie się uzupełniającego jak również kosztu finansowego utrzymania personelu. Tego rodzaju dobór kadry nie jest elementem niezmiennym i zależy od aktualnego stanu zatrudnienia czy też osób współpracujących oraz od rodzaju zamówienia w różnych jego aspektach i czynnikach mających wpływ na realizację zamówienia. Przystępujący wskazał na wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 874/08, KIO 92/19, KIO 366/19, KIO 908/13. Stanowisko wyrażone także w innych wyrokach KIO oraz Sądu Okręgowego, potwierdza zasadność zastrzeżenia tajemnicy. Także sądy administracyjne wyrażają podobny pogląd: np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 20 grudnia 2019 roku, sygn. akt II SA/Kr 1292/19.

W tym miejscu w piśmie przedstawiono informacje dotyczące wartości gospodarczej, które objęto tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego ich treść nie została przytoczona.

Przystępujący wskazał, iż wobec powyższego chronienie informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa o tak dużej wartości gospodarczej w tym konkretnym zakresie jest niezbędne. Reasumując - Wykaz osób daje wiedzę, co do struktury personelu, jakim posługuje się Wykonawca. Część specjalistów wchodzących w skład zespołu musiało bowiem pozyskać specjalistyczne uprawnienia, co z kolei wiązało się z kosztownym procesem. Co więcej - Wykazy osób zawierają dane sensytywne w postaci imion i nazwisk określony osób oraz informacje na temat ich uprawnień zawodowych. W niniejszym przypadku są one na tyle unikalne, że personalizują daną osobę. Odnośnie przesłanki „utrzymania ich w poufności" Wykonawca wyjaśnił, iż informacja o składzie zespołu i kwalifikacjach osób dedykowanych do wykonania niniejszego zamówienia, nie została podana do wiadomości publicznej. Oznacza to, iż informacje te są nieznane ogółowi, w szczególności osobom, które ze względu na swoją działalność zawodową są zainteresowane jej posiadaniem. Mając na uwadze ogromne znaczenie gospodarcze, jakie wynika dla Wykonawcy z informacji dotyczących jego potencjału kadrowego, zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności - tym samym spełniona jest także ostatnia przesłanka ustawowa.
W szczególności Wykonawca wyjaśnia, iż zobowiązało wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty, jak i samych ekspertów wskazanych w przedmiotowym Wykazie osób, do zachowania poufności w tym względzie. Konsekwencją tych działań jest utajnienie informacji o doświadczeniu ekspertów. W odniesieniu do zastrzeżonych informacji o osobach mających realizować zamówienie Wykonawca jest uprawnione do stwierdzenia, iż żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może poznać tych informacji zwykłą drogą, w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z jego strony - a zatem spełniona jest przesłanka

„nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób".

W zakresie wykazu usługi i referencji Przystępujący wskazał, że informacje zawarte w dokumentach potwierdzających zrealizowane dostawy czy też świadczone usługi stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazany wykaz zawiera informacje istotne z punktu widzenia handlowego i organizacyjnego Wykonawcy, tj. szczegóły współpracy z innymi podmiotami rynku prywatnego, których ujawnienia może negatywnie wpłynąć na pozycję rynkową firmy Wykonawcy. Wykonawca wskazał, że zastrzeżone informacje zawierają konkretną wartość ekonomiczno-gospodarczą w zakresie układu handlowego Wykonawcy na rynku w postaci współpracy z konkretnym podmiotem, którego dane nie są powszechnie znane na rynku jako działającego w obszarze objętym współpracą, a w konsekwencji ich pozyskanie przez konkurencyjnych wykonawców w zwykłej drodze nie jest możliwe. Dodał, że ze wskazanymi firmami Wykonawca ma podpisane umowy, i mając na uwadze odpowiedzialność kontraktową, może narazić się na zarzut nieuprawnionego udostępnienia danych, co finalnie będzie skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą. Dodatkowo, ujawnienie danych o podmiotach z którymi współpracuje Wykonawca oraz wartościach danych kontraktów, może spowodować, że podmioty te (z uwagi na utratę zaufania), nie będą chciały podpisać z Wykonawcą kolejnego kontraktu na jego usług. Tak więc, Wykonawca straci dochodowe umowy (wartość gospodarcza). Zastrzeżone informacje nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności - ograniczony był krąg osób zaangażowany w przedmiotowe tematy. Fakt, że w jednostkowych wypadkach wykaz dostaw i usług zostaje przekazany podmiotom trzecim (w zamówieniach), nie dyskwalifikuje go jako tajemnicy firmy. Przystępujący wskazał, że: „Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych

starań. Wśród tych działań wymienia się konieczność poinformowania pracownika o poufnym charakterze wiedzy, techniki, urządzenia. Nie oznacza to jednak, że osoby, które przypadkowo weszły w posiadanie danej informacji, są zwolnione z obowiązku zachowania tajemnicy."

Podniósł, że informacje zawarte w wykazie stanowią informację o charakterze handlowym a jej ujawnienie spowoduje znaczne osłabienie pozycji rynkowej oraz zdolności konkurowania Wykonawcy. Stanowisko powyższe potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 28 lutego 2014, KIO 245/14). W tym miejscu w piśmie przedstawiono informacje dotyczące wartości gospodarczej, które objęto tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego ich treść nie została przytoczona.

Wykonawca wskazał dalej, że celem zastrzeżenia dołączonych do dokumentacji przetargowej wykazów jest to, aby konkurenci nie uzyskali możliwości prześledzenia aktywności gospodarczej Wykonawcy oraz z jakimi partnerami współpracuje. Gdyż może to spowodować utratę intratnych kontraktów oraz narazi Wykonawcę na realną szkodę Stwierdził, że są to wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, warunki zawartych porozumień posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność ma znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności Wykonawcy i niezbędne jest zastrzeżenie ich.

Podsumowując wyjaśniono, że zostały zachowane wszystkie procedury wskazane poniżej, zgodnie z którymi informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach nie były dostępne dla osób trzecich, zaś w samego Wykonawcy dostęp do tych informacji miała ograniczona grupa osób, zatrudniona na umowie o pracę. Umowy o pracę tych osób zawierają stosowne klauzule, zobowiązujące do zachowania poufności. Dodatkowo stwierdzono, że zastrzeżone informacje należy brać pod uwagę jako jedną całość i nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ w takim przypadku mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje - jako całość - nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający musi mieć na uwadze, że ujawnienie pojedynczych informacji niweczy tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący wskazał, iż prawidłowo zakwalifikował przedmiotowe informacje, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz że wszystkie przesłanki poprawności zakwalifikowania przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zachowane. Do wyjaśnień załączono następujące dokumenty: Polityka bezpieczeństwa, Klauzule z pracownikami dot. zachowania poufności.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 6 października 2021 r. wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. W wezwaniu wskazano na obowiązek złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wyliczony koszt świadczenia usługi infolinii Telefonicznej Informacji Pacjenta. Zamawiający poprosił o wskazanie, co wpłynęło na zmianę wyceny przedmiotowej usługi. W jaki sposób wykonawcy podeszli do wyliczenia kosztów związanych, m.in. z zapewnieniem infrastruktury lokalowo-techniczno-narzędziowej, zatrudnieniem niezbędnej ilości osób koniecznych do realizacji usługi oraz zapewnienia obsługi TIP wskazanymi w wymaganiu WF-1 kanałami kontaktu. Zamawiający zastrzegł, aby wyjaśnienia uwzględniały wszelkie elementy składające się na cenę wskazaną w ofercie, tj. w tym przypadku wynikające z określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jak i innych wycenionych przez Państwo kosztów, które zostały wliczone jako cena przedstawionej oferty.

Odwołujący udzielając wyjaśnień w zakresie ceny oferty zastrzegł ich pełną treść oraz załączniki jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uwagi na powyższe ich treść nie została tu

przytoczona.

Przystępujący udzielając wyjaśnień w zakresie ceny oferty objął tajemnicą przedsiębiorstwa znaczną część tych wyjaśnień oraz pełną treść załączników. Z uwagi na powyższe ich treść nie została tu przytoczona.

Uzasadniając zastrzeżenie wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał, iż wyjaśnienia te zawierają szczegółowy opis sposobu obliczenia ceny oferty, stawki zastosowane przez Wykonawca dla obliczenia ceny, szereg szczegółowych

kalkulacji, informacje dotyczące metodyki przeliczania pracochłonności na elementy wskazane w formularzu ofertowym, analizę przedmiotu zamówienia, w kontekście wskazania szacowania pracochłonności, wskazanie przesłanek umożliwiających skalkulowanie ceny na podanym w ofercie poziomie. Objęcie części wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa wynika ze specyfiki i stopnia złożoności przedmiotu zamówienia. Otóż przedmiot zamówienia nie obejmuje prostej usługi contact center, lecz stanowi usługę dla wyspecjalizowanej branży - zdrowotnej. Oprócz prostej usługi połączeń telefonicznych, zamówienia ma szerszy zakres (m.in. Voiceboty oraz maile). Stąd też i złożone wyjaśnienia - ze swej istoty - muszą

obejmować nie tylko stawki i koszty, ale także know-how wykonawcy oraz przyjęty przez wykonawcę sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Dla każdego przedsiębiorcy podstawą zachowania przez niego konkurencyjności jest z jednej strony stosowanie konkurencyjnych stawek. Jednakże w przypadku usług takich jak określone w przedmiocie zamówienia tj. outsourcing usług call center oraz obsługa specyficznej dla branży korespondencji e-mail jest przede wszystkim opracowanie i wdrożenie zindywidualizowanego know-how i metodyki realizacji tych usług. Stąd też w wyjaśnieniach ochronie - jako tajemnica przedsiębiorstwa - podlegają zarówno same stawki (osobowe i rzeczowe) stosowane przy szacowaniu ceny oferty, jak i - i to przede wszystkim - wszystkie informacje dotyczące przyjętego przez Wykonawca sposobu realizacji zamówienia, w tym informacje dotyczące szeroko rozumianej metodyki realizacji tego zamówienia. Wobec powyższego zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest na gruncie ustawy Pzp dopuszczalnym ograniczeniem w zakresie jawności. Przystępujący przywołał wywody ogólne i orzecznictwo dotyczące art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Podniósł, iż wskazane części wyjaśnień zawierają informacje istotne z punktu widzenia technologicznego i handlowego

Wykonawcy, tj. koszty ponoszone przez Wykonawca, wynagrodzenie pracowników, wysokość marż, zakładany poziom ryzyka, sposób realizacji przedmiotowego zamówienia oraz elementy specyficzne dla wykonawcy wpływające na atrakcyjność złożonej oferty. Jednymi z bardziej istotnych dla wykonawca informacji są wynikające ze stosowanej metodyki dane dotyczące pracochłonności oraz wydajności. Dane te są wyjątkowo istotne, ponieważ pozyskanie ich przez konkurencję może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej przez Wykonawcę. Zastrzeżone części wyjaśnień zawierają informacje techniczne, organizacyjne i handlowe oraz posiadają wartość gospodarczą, gdyż dzięki zastosowania wskazanych stawek oraz metodyki Wykonawca jest w stanie pozyskać przedmiotowe zamówienie. Wskazano, że zarówno w dotychczasowej jak i obecnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wyznacznikami uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej obiektywna wartość gospodarcza, jaką sobą przedstawia. Sposób szacowania ceny oferty stanowi cenny element potencjału Wykonawcy. Jest zatem oczywiste stwierdzenie, iż ujawnienie informacji dotyczących sposobu szacowania ceny mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której inne, konkurencyjne w stosunku do Wykonawcy podmioty podjęłyby działania zmierzające do szacowania ceny w sposób analogiczny, zwłaszcza w kontekście szacowania pracochłonności. W konsekwencji doprowadziłoby to do sytuacji, w której pozycja rynkowa Wykonawcy uległaby znacznemu osłabieniu. Wskazano, że znowelizowany przepis art. 11 ust. 2 u.z.n.k. dodatkowo wskazuje, że informacją stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest „szczególne zestawienie i zbiór ich elementów". Wyraźnie wskazuje to na wolę ustawodawcy, aby ochronie podlegały takie zestawienia, rozumiane jako całość. Wykonawca podniósł, iż uzyskanie przedmiotowych informacji przez jego konkurentów może doprowadzić do działań i sytuacji gospodarczo niekorzystnych, również w przyszłych potencjalnych zamówieniach, których realizacji mógłby podjąć się wykonawca. Mając na względzie wnioski wypływające z powołanej legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca oświadczył, że: poprawnie zakwalifikował informacje zawarte we wskazanych dokumentach jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz wypracowanej przez doktrynę i judykaturę wykładni tego przepisu; żadna z informacji wyżej wymienionych nie była uprzednio znana albo łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie ma możliwości podjęcia o niej wiedzy tzw. „zwykłą" drogą; wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ww. informacji w poufności. Powołał się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Podniósł, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią albo element wytworzonej przez Wykonawcę i charakterystycznej tylko dla Wykonawcy metodyki realizacji przedmiotu zamówienia, albo związanych z szacowaniem ceny: metodyki szacowania ceny i stawek kosztowych.

Następnie przedstawiono szczegółowe uzasadnienie do każdej zastrzeżonej informacji. W odniesieniu do kosztów rzeczowych wskazano, iż wykonawca musi posiadać odpowiednią infrastrukturę (sprzęt) w celu wykonania usługi. Dodatkowo istotnym kosztem są stanowiska pracy. Koszty te są rożne dla każdego z wykonawców. Różnice w kosztach wynikają zarówno z uzyskiwanych od dostawców cen, jak i z posiadanej uprzednio infrastruktury, z uwzględnieniem kosztów amortyzacji. Informacje w tym zakresie są informacjami zarówno technicznymi, jak i handlowymi. Przewaga konkurencyjna Wykonawcy wynika też z oszczędności w zakresie kosztów rzeczowych. Umiejętność pozyskania tańszej infrastruktury czy kosztów najmu nieruchomości wpływa korzystnie na finalną cenę oferty. W tym zakresie w piśmie przedstawiono także informacje dotyczące wartości gospodarczej, które objęto tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego ich treść nie została przytoczona.

Zamawiający w dniu 29 listopada 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż przyznał obu ofertom w kryterium Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP po 17 pkt. Zamawiający udostępnił Odwołującemu szczegółową ocenę ofert obu wykonawców w ww. kryterium w dniu 9 grudnia 2021 r.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty nr 1 i 2 odwołania, tj. zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 240 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie dowolnej, nieopartej na kryteriach zawartych w SWZ kryteriach oceny oferty, poprzez przyznanie ofercie

Odwołującego w kryterium Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP oceny 17 zamiast maksymalnej 20, bez wskazania podstaw dla obniżenia punktacji oraz poprzez przyznanie ofercie Przystępującego w tym kryterium oceny 17, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy zawierała braki, które powinny skutkować przyznaniem mniejszej liczby punktów.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu wskazuje zaś, że najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Zgodnie z art. 240 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Ust. 2 stanowi zaś, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację

i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie

informacji przedstawianych w ofertach.

Izba stwierdziła, iż rozpoznawane zarzuty zostały oparte na twierdzeniu, iż Zamawiający nie wskazał powodów, dla których oferta Odwołującego nie uzyskała maksymalnej liczby punktów w kryterium Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP oceny, jak i nie wskazał, w których podkryteriach przyznał każdemu z wykonawców inną niż maksymalną punktację, co uniemożliwia weryfikację prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny.

Przy tak przedstawionej podstawie faktycznej zarzutu właściwym przepisem ustawy Pzp, którego naruszenie winno zostać zarzucone jest przede wszystkim art. 253 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który nakłada na Zamawiającego ściśle określone obowiązki informacyjne względem wykonawców. Zgodnie z tym przepisem niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając (...) punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. Chybionym jest wskazywanie na naruszenie art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż przepis ten odnosi się do opisu kryteriów oceny ofert, a opis ten - w sytuacji uznania go za niejednoznaczny i niezrozumiały - powinien być podważany na wcześniejszym etapie postępowania, w ewentualnym odwołaniu wobec treści dokumentów zamówienia.

Niezależnie od powyższego, rozpoznając przedmiotowy zarzut, należało mieć na względzie treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. W toku postępowania odwoławczego zaś, w oparciu o dokumenty zamówienia przekazane Izbie przez Zamawiającego, ustalono, że Zamawiający przekazał wykonawcom kartę oceny ofert zawierającą szczegółowe informacje co do punktacji przyznanych w poszczególnych elementach (podkryteriach) kryterium Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP oraz wskazującą na powody nieprzyznania maksymalnej liczby punktów. Tym samym zarzuty oparte na twierdzeniu, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu informacji o punktacji przyznanej ofertom w poszczególnych podkryteriach zdezaktualizowały się, wobec przekazania wykonawcom tych informacji przez Zamawiającego. W innym stanie faktycznym niewątpliwie mogłyby one zostać uznane za zasadne, niemniej w toku postępowania odwoławczego okoliczności faktyczne, na których oparto przedmiotowe zarzuty uległy zmianie.

Dalej należy wskazać, że Izba, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z tego względu cała argumentacja zawarta w piśmie uzupełniającym złożonym przez Odwołującego w dniu 20 grudnia 2021 r., odnosząca się do oceny oferty Odwołującego w przedmiotowym kryterium i stanowiąca polemikę z uzasadnieniem, jakie przedstawił Zamawiający w zakresie nieprzyznania maksymalnej

liczby punktów ofercie Odwołującego, nie mogła zostać wzięta przez Izbę pod uwagę. Izba wskazuje także, że Zamawiający co prawda nie przekazał wykonawcom informacji

o przyznanej w omawianym pozacenowym kryterium oceny ofert szczegółowej punktacji niezwłocznie, niemniej uczynił to jeszcze w dacie, w której biegł termin na wniesienie przedmiotowego odwołania. Nawet jednak gdyby uznać, że Odwołujący faktycznie nie mógł się z ich treścią należycie zapoznać w terminie na wniesienia odwołania, to powinien rozważyć zaskarżenie dokonanej przez Zamawiającego oceny odrębnym środkiem ochrony prawnej, gdyż w oparciu o obowiązujące przepisy regulujące postępowanie odwoławcze nie jest możliwe, aby Izba rozpoznała w niniejszym postępowaniu podniesione zarzuty w oparciu o inne podstawy faktyczne niż wskazane w odwołaniu.

Odwołujący nie wykazał także wpływu podnoszonych zarzutów w zakresie oceny oferty na wynik postępowania, podczas gdy była to okoliczność podważana przez Zamawiającego i Przystępującego z uwagi na różnicę punktową pomiędzy ofertami obu wykonawców wynoszącą ponad 11 pkt. Ponadto Izba stwierdziła, iż Odwołujący w odniesieniu do oceny oferty Konsorcjum Arteria wskazał na braki i niezgodności oferty z SWZ mające uzasadniać fakt, że wykonawca ten powinien uzyskać mniej punktów w kryterium Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP, jednak nie wskazał szczegółowych informacji w tym zakresie. Przede wszystkim Odwołujący nie wyjaśnił, na które konkretnie podkryteria te braki/niezgodności miałyby się przekładać i w jakim zakresie miałyby one wpływać na przyznaną punktację. Odwołujący jedynie wskazał, iż liczba punktów powinna być „znacznie niższa", co jednak nic nie wnosi - w oparciu o argumentację odwołania nie jest możliwe stwierdzenie, w których aspektach kryterium Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP ofercie Przystępującego przyznano zbyt dużo punktów i o ile mnie punktów powinna otrzymać jego oferta. Ponadto wskazywane w odwołaniu braki i niezgodności oferty Przystępującego z SWZ, mające uzasadniać obniżenie punktacji jego oferty, nie zostały przez Odwołującego udowodnione, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Przystępującego pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia, nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie.

Zgodnie z ww. przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wskazać należy, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym dokumentach zamówienia warunkom. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje świadczenie usług w sposób, który nie spełnia wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań.

Odwołujący wskazywał na niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w dwóch aspektach. Po pierwsze wskazał na okoliczność, iż Przystępujący nie przewidział obsługi TIP w ramach lokalizacji niepodatnych na te same zagrożenia środowiskowe, co było konieczne zgodnie z wymogami bezpieczeństwa WB-1. Izba zweryfikowała stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego w pismach procesowych z treścią zawartą w opisie Proponowanego podejścia do świadczenia usługi infolinii TIP objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, stwierdzając, że Przystępujący rzeczywiście przewidział świadczenie usług w trzech odrębnych lokalizacjach (oddalonych od siebie). Nie jest zatem zgodne z prawdą stwierdzenie Odwołującego, że Przystępujący nie przewidział nawet jednej dodatkowej lokalizacji, która mieściłaby się poza siedzibą wykonawcy. Nie jest zasadne także twierdzenie, że o braku przewidzenia dodatkowej lokalizacji niepodatnej na te same zagrożenia środowiskowe miałby świadczyć fakt wskazania przez Przystępującego w wyjaśnieniach ceny oferty na zatrudnienie 4 kierowników zmiany. Zamawiający nie wskazywał w dokumentach zamówienia wymaganej liczby kierowników zmiany ani nie ingerował w strukturę organizacyjną wykonawcy. Przystępujący zaś w piśmie procesowym (w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa) wyjaśnił sposób zarządzania zespołem i sposób ten nie potwierdza podnoszonych przez Odwołującego wątpliwości.

Po drugie Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego przewiduje, iż monitoring pracy konsultantów i ich ocena leży w zakresie zadań Kierownika ds. szkoleń, co jest niezgodne z wymaganiem WF-18, gdzie wskazano, że ocenę przeprowadzać ma bezpośredni przełożony danego konsultanta. Poza powyższym stwierdzeniem w odwołaniu nie przedstawiono żadnej dalszej argumentacji, w szczególności zaś nie podjęto próby wyjaśnienia, dlaczego zdaniem Odwołującego Kierownik ds. szkoleń nie może być bezpośrednim przełożonym konsultantów i przeprowadzać ich oceny. Zamawiający nie wskazał co należy rozumieć pod tym pojęciem ani nie wymagał od wykonawców, że

bezpośrednim przełożonym konsultantów ma być osoba zatrudniona na określonym stanowisku. Jak wskazano już powyżej, Zamawiający nie ingerował w strukturę organizacyjną wykonawcy i nie narzucał ścisłego sposobu organizacji pracy. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Przystępującego, iż konsultanci mają oddzielnych przełożonych dla każdego z dwóch obszarów działalności: 1) działalność operacyjna związana z efektywnością pracy konsultanta, czasem rozmów, przerw, odpowiedzi na połączenia, dyscypliną, punktualnością;

2) jakość świadczonych usług, czyli obszar związany z tym, w jaki sposób konsultant obsługuje klientów pod kątem merytorycznym oraz miękkim, czyli umiejętności komunikacyjnych. Jest to także zgodne z założeniami opisanymi w Proponowanym podejściu do świadczenia usług infolinii TIP. Zdaniem Izby wykonawca był uprawniony w oparciu o własne doświadczenie do wprowadzenia takiej struktury organizacyjnej w swoim przedsiębiorstwie i nie sposób wywodzić z tego faktu niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia, skoro warunków co do tej struktury organizacyjnej nie określono.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają

podanej w ofercie ceny.

Przywołując brzmienie powyższych przepisów należy wskazać, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie zaś z art. 224 ust. 6 ustawy 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.

Zgodzić należy się z wywodem prawnym przywołanym przez Odwołującego, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami powinny uzasadniać brak występowania rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wyjaśnienia te winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Powyższe ma istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (co wynika z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Natomiast dokonując oceny prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Ceną rażąco niską jest bowiem cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie

zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. Mieć należy także na uwadze, iż kwestia rażąco niskiej ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, a zatem każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy. Ponadto oceny wyjaśnień składanych przez wykonawców w zakresie ceny oferty dokonuje się przez pryzmat treści tych wyjaśnień, przy uwzględnieniu treści wezwania, jakie zostało do wykonawców skierowane.

W przedmiotowej sprawie Izba poddała analizie treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego pod kątem argumentacji przedstawionej w odwołaniu, uznając że brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego. Okoliczności mające podważać wiarygodność złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, na które wskazano w odwołaniu, nie bronią się w zestawieniu

z treścią tych wyjaśnień. Izba miała na uwadze, że Odwołujący nie znał pełnej treści tych wyjaśnień, niemniej po zweryfikowaniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że stanowisko Odwołującego nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na kwestię ustalenia przez Przystępującego niedostatecznej liczby kierowników zmiany, ewentualnie niedoszacowania kosztów związanych z ich zatrudnieniem (praca w porze nocnej, w święta i dni ustawowo wolne od pracy). Argumentacja ta jest jednak w ocenie Izby nietrafiona już z tego względu, że Zamawiający nie ingerował w strukturę organizacyjną wykonawców i nie narzucał im ścisłego sposobu organizacji pracy, a jedynie wymagał wykazania się dysponowaniem doświadczonymi osobami do realizacji zamówienia, co podlegało weryfikacji w trakcie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba za wiarygodne uznała także stanowisko Przystępującego, co do przyjętego przez niego czterozmianowego systemu pracy, szczegółowo omówionego w piśmie procesowym i na rozprawie. Przystępujący wskazał także, że oprócz czterech kierowników zmiany do realizacji tych zadań oddelegowano inne osoby, jak i założono odpowiednią rezerwę. W części pisma objętej tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący omówił także przyjęte założenia w zakresie obsługi przedmiotowego obszaru i czasochłonności. Ponadto w wyjaśnieniach ceny oferty zawarto szczegółowe informacje w zakresie przyjętych kosztów pracy, z odniesieniem do wynagrodzenia każdej osoby wchodzącej w skład zespołu kierowniczego. W świetle tych informacji argumentacja odwołania nie znajduje uzasadnienia.

Następnie Odwołujący wskazał na nieujęcie przez Przystępującego w kalkulacji kosztu zakupu niezbędnego wyposażenia konsultantów. W szczególności Odwołujący wskazał na nieprawidłowość przyjętego przez Przystępującego założenia, że nie ponosi on kosztów związanych z nabyciem kompleksowej infrastruktury sprzętowej i systemowej oraz na fakt, że niezbędne jest zapewnienie odrębnego sprzętu dla konsultantów na potrzeby świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia (ok. 1000 zł na zestaw). Przystępujący jednak w wyjaśnieniach na str. 45-48 omówił szczegółowo posiadaną przez niego infrastrukturę techniczno-systemową, w tym m.in., wskazał w tabeli 34 jakie urządzenia i w jakiej ilości posiada na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Wyjaśnił także kwestię ponoszenia kosztów z tym związanych. Przystępujący założył także odpowiednią rezerwę na potrzeby zakupu nowego sprzętu, w przypadku gdyby powstała taka konieczność, na co wprost wskazano w wyjaśnieniach. Przystępujący wskazał również na posiadaną przez siebie infrastrukturę serwerową (tabela 35), omówił koszty związane z zapewnieniem pomieszczeń dla realizacji usługi (str. 47 wyjaśnień i tabela 37), koszty infrastruktury i utrzymania sprzętu (tabela 36), koszty licencji (tabela 40). Tym samym argumentacja wskazana w odwołaniu w powyższym zakresie okazała się bezzasadna. Z kolei podnoszona na rozprawie okoliczność, że niezbędne jest także uwzględnienie w cenie oferty kosztów związanych z wymianą sprzętu w skali ok 10-15% rocznie, nie została wskazana w odwołaniu. Niemniej, jak wyjaśnił Przystępujący, na co wskazano już powyżej, założył on odpowiednią rezerwę na potrzeby zakupu nowego sprzętu.

Odwołujący wskazał także na kwestię kosztów udostępnienia zasobów systemowych konsorcjantów i ich utrzymania, w szczególności na koszty utrzymania systemu, którym dysponuje członek konsorcjum Przystępującego - firma Trimtab, podnosząc, iż Przystępujący pominął w kalkulacji koszt utrzymania tego systemu. Powyższe nie jest prawdą, gdyż Przystępujący uwzględnił koszty związane z wykorzystaniem tej infrastruktury (tabela 36 poz. 2 wyjaśnień). Również nie sposób uznać za zasadne twierdzeń dotyczących nieprawidłowej wyceny kosztów związanych z tzw. „pogotowiem serwisowym". Zamawiający wymagał określonego poziomu SLA, a Przystępujący zarówno w Proponowanym podejściu do świadczenia usługi infolinii TIP, jak i w wyjaśnieniach ceny oferty uwzględnił przyjęte w tym celu założenia. W ramach wyjaśnień ceny Przystępujący przyjął konkretne wartości czasochłonności związane z utrzymaniem systemu telekomunikacyjnego, które następnie wycenił. Nie sposób zatem uznać, aby pominął on koszty związane z zapewnieniem takiego „pogotowia serwisowego". Ponadto Odwołujący nawet nie przedstawił, jakiego rzędu winny to być koszty, co uniemożliwia dokonanie w tym zakresie porównania z wartościami przyjętymi przez Przystępującego. Nie jest zasadne także twierdzenie Odwołującego, iż Przystępujący nie uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej kosztów związanych z wykorzystaniem systemu Alfavox. Koszt ten został przez Przystępującego uwzględniony, na co wskazuje wprost treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego (strona 49, w tym w szczególności tabela 40). Ponadto do wyjaśnień załączona została oferta ww. podmiotu, a wartości w niej wskazane korelują z wartościami wskazanymi w tabeli 40. Analogicznie w wyjaśnieniach (strona 49, tabela 39) omówiono koszty związane z korzystaniem z usług podwykonawcy wskazanego w formularzu ofertowym, a do wyjaśnień załączono ofertę pozyskaną od tego podmiotu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w wyjaśnieniach wskazano także poziom zysku założonego przez Przystępującego - str. 54 wyjaśnień, tabela 53.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że Przystępujący sprostał

spoczywającemu na nim zarówno w postepowaniu o udzielenie zamówienia, jak i w postępowaniu odwoławczym obowiązkowi dowiedzenia, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską. Izba zweryfikowała, iż Przystępujący udzielając wyjaśnień dotyczących ceny oferty przedstawił informacje w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w treści wezwania, elementy cenotwórcze zostały w wyjaśnieniach omówione, podobnie jak czynniki wpływające na obniżenie ceny, a wskazywane okoliczności, w tym realność przyjętych cen, miały odzwierciedlenie w załączonych do wyjaśnień dowodach. Jak zaś omówiono powyżej, koszty na których brak uwzględnienia wskazywano w treści odwołania w rzeczywistości zostały przez Przystępującego uwzględnione. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia należy ocenić jako rzetelne i wyczerpujące. W ocenie Izby w tym stanie rzeczy bez znaczenia dla oceny prawidłowości działania Zamawiającego pozostają twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący nie posiadał znajomość przedmiotu zamówienia, na którą się powołał. Zarówno przedstawione przez Przystępującego Proponowane podejście do świadczenia usługi infolinii TIP, jak i wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, wskazują, iż przeprowadził on dogłębną analizę dokumentów zamówienia i znana jest mu jego specyfika. Przystępujący posiada również doświadczenie w świadczeniu tego rodzaju usług dla innych podmiotów, ale też dla Zamawiającego i mimo, że nie świadczył on usług dla Zamawiającego w tak szerokim zakresie jak Odwołujący, to okoliczność ta nie powoduje, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia nie mogą być uznane za rzetelne i wiarygodne.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez uznanie, iż Przystępujący składając ofertę oraz wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny prawidłowo zastrzegł, iż wskazane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji nie odtajnienie tych informacji pomimo wniosków Odwołującego.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Zgodnie zaś z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ww. ustawy przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W konsekwencji Przystępujący zastrzegając informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany był w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności. Wszystkie wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Przechodząc do oceny przedmiotowego zarzutu Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na okoliczność mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia, a mianowicie sposób konstrukcji zarzutów i wniosków odwołania. Odwołujący bowiem kwestionował brak udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego: tj. Proponowanego podejścia, części dokumentów podmiotowych (wykaz osób i wykaz usług) i wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w zakresie kosztów rzeczowych), jednocześnie stawiając zarzuty merytoryczne w zakresie oceny oferty Przystępującego w kryterium pozacenowym Proponowane podejście do świadczenia usług infolinii TIP oraz oceny złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Niemniej Odwołujący nie postawił zarzutów dalej idących (zmierzających do zmiany

punktacji w rankingu oraz odrzucenia oferty Przystępującego), a integralnie powiązanych z dokumentami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, jako zarzutów ewentualnych, rozpoznawanych dopiero w przypadku uznania przez Izbę za skuteczne zastrzeżenia treści Proponowanego podejścia i wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący uczynił odwrotnie - to wnioski dotyczące odtajnienia dokumentów Odwołujący postawił jako ewentualne, podniesione „z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 2". Tym samym Odwołujący domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę już na obecnym etapie zarzutów dotyczących dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert w kryterium pozacenowym oraz oceny wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny oferty, sam pozbawił się możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

W tym zakresie warto przywołać wyrok Izby z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 260/19, gdzie wskazano, iż „to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Przystępującego, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną."

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, jaki w istocie posiada interes w uzyskaniu dokumentów odnoszących się do okoliczności, których w przypadku oddalenia zarzutów dotyczących oceny w kryterium czy zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, nie będzie mógł już podważyć i czemu miałoby służyć przekazanie mu tych dokumentów na obecnym etapie postępowania. W szczególności Odwołujący nie wyjaśnił, jaki wpływ na wynik postępowania miałoby naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu opracowanego przez Przystępującego proponowanego podejścia do świadczenia usług infolinii TIP, części wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wykazów stanowiących podmiotowe środki dowodowe, skoro po merytorycznym rozpoznaniu zarzutów podniesionych w odwołaniu ani ocena ofert dokonana przez Zamawiającego w zakresie pozacenowego kryterium, ani dokonana przez niego ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, nie zostały skutecznie zakwestionowane, zaś spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu Odwołujący w ogóle nie podważał. W takiej sytuacji - w tym konkretnym stanie faktycznym - udostępnianie treści złożonych przez Przystępującego w postępowaniu dokumentów może zostać uznane za bezprzedmiotowe, Odwołujący zaś nie przedstawił żadnych argumentów mających wskazywać na przeciwny stan rzeczy.

Niezależnie od powyższego Izba zważyła, że Przystępujący przedstawił relatywnie szerokie uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji w poufności, którego skuteczności argumentacja zawarta w odwołaniu nie podważyła. Słusznie zwracał uwagę Przystępujący, że argumentacja wskazana w odwołaniu nie odnosiła się w pełni do treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jaką mu udostępniono. Przystępujący zamanifestował w sposób zewnętrzny wolę zachowania określonych informacji w poufności, a Odwołujący nie kwestionował okoliczności braku upublicznienia informacji. Przystępujący wykazał także podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności, wskazał na obowiązujące w jego przedsiębiorstwie zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i załączył na tę okoliczność dowody, co w ocenie Izby stanowiło dostateczne potwierdzenie, że Przystępujący podjął działania w celu zachowania przedstawionych informacji w poufności. W zakresie zaś wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Przystępujący każdorazowo kwestię posiadania takiej wartości omawiał, podając także konkretne wartości kwotowe (fragmenty te były obejmowane tajemnicą przedsiębiorstwa).

Izba miała także na uwadze dostrzegalną w działaniu Odwołującego niekonsekwencję, sam Odwołujący zastrzegł bowiem w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść opisu proponowanego podejścia do świadczenia usług infolinii TIP oraz wyjaśnień rażąco niskiej

ceny, wskazując na wartość gospodarczą tego rodzaju informacji. Trudno za przekonujące uznać stanowisko Odwołującego, jakoby opis organizacji infolinii dla NFZ nie stanowił unikalnego, autorskiego rozwiązania Przystępującego, skoro sam Odwołujący zastrzegając treść proponowanego podejścia wskazał, iż zawiera on unikalne know-how i autorskie rozwiązania w zakresie funkcjonowania call center, procesu szkoleń i zarzadzania projektami. Analogicznie rzecz się ma jeśli chodzi o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przy czym Odwołujący zastrzegł ich pełną treść, a Przystępujący jedynie część. Odwołujący zatem, domagając się w zakresie dokumentów złożonych przez Przystępującego pełnej transparentności, sam tej transparentności nie dochował. Dodatkowo w zakresie wykazu usług należy wskazać, że sam Odwołujący nie negował możliwości zastrzeżenia informacji o realizacji usług na rzecz podmiotów prywatnych, wskazując jedynie, że musi to wynikać z łączącej strony umowy. Przystępujący zaś na taką właśnie okoliczność powołał się zastrzegając ich poufność. Ponadto Zamawiający udostępnił informacje odnoszące się do usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych.

Nie do końca zrozumiałe jest także stanowisko Odwołującego w zakresie odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty Przystępującego - Odwołujący wskazał jedynie na kwestię braku konsekwencji w stanowisku Przystępującego w odniesieniu do kosztów rzeczowych stwierdzoną w oparciu o udostępnioną Odwołującemu treść wyjaśnień oraz treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i na tej podstawie domagał się odtajnienia przedmiotowych wyjaśnień Przystępującego w zakresie dostrzeżonych niespójności. Tego rodzaju sprzeczności pomiędzy uzasadnieniem zawartym na str. 63-64 wyjaśnień a pozostałą treścią wyjaśnień Izba jednak nie dostrzega. Z wyjaśnień nie wynika okoliczność, że Przystępujący nie ponosi w ogóle kosztów infrastruktury niezbędnej do realizacji zamówienia - w wyjaśnieniach wprost wskazano jakie koszty i jakiego rzędu Przystępujący ponosi z tego tytułu (str. 45-48). Ponadto uzasadnienie zawarte na str. 63-64 wyjaśnień odnosi się do całego punktu I.2 wyjaśnień dotyczącego kosztów rzeczowych, a nie jedynie do kwestii dotyczącej posiadanej już przez Przystępującego infrastruktury. Odwołujący nie zakwestionował, aby przedstawione dla pkt I.2 wyjaśnień uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazywało przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: .....