

WYROK

z dnia 26 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2022r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2022r. przez odwołującego: Comarch Polska S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy Fundusz Zdrowia Centrala, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa

przy udziale przystępującego: Trusted Software Services Sp. z o.o., ul. Białowoda 100, 33-312 Tęgorz po stronie zamawiającego

orzeka

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu zaniechania poprawienia omyłki rachunkowej (zarzut nr 1) a w pozostałym zakresie (zarzuty od nr 2 do nr 11) oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Comarch Polska S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Comarch Polska S.A. Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. 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:

Uzasadnienie

Odwołanie wniesiono wobec czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 223 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Wykonawcy Trusted Software Services Sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca TSS”) omyłki rachunkowej, a także zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie tej omyłki;

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS pomimo, iż Wykonawca ten w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 223 ust. 1 PZP dokonał

zmiany treści złożonej oferty po terminie składania ofert;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS, pomimo iż oferta ta została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, ponadto przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

4) art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TSS, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

5) art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TSS, mimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

6) art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej (zarzut zgłoszony jako ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Wykonawcy TSS z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) PZP oraz zaniechania wykluczenia Wykonawcy TSS na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP);

7) art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów podmiotowych (tj. wykazu wykonanych usług, referencji oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów), mimo iż dokumenty te budzą wątpliwości, a z ich

treści wynikają sprzeczności (zarzut zgłoszony jako ewentualny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Wykonawcy TSS z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) PZP oraz zaniechania

wykluczenia Wykonawcy TSS na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt

8 PZP oraz nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 PZP);

8) art. 128 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów - mimo iż złożone przez Wykonawcę TSS dokumenty, to jest wykaz usług i referencje, budzą wątpliwości (zarzut zgłoszony jako ewentualny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Wykonawcy TSS z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) PZP oraz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 PZP);

9) art. 18 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dokumentu zawierającego zastrzeżenie przez Wykonawcę TSS określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz złożonych przez Wykonawcę TSS wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień, a także załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;

10) art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS,

mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę (zarzut zgłoszony jako ewentualny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy TSS wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa; Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie tego zarzutu w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - z zaznaczeniem przedwczesności tego zarzutu w uzasadnieniu

odwołania);

11) art. 226 ust. 1 pkt. 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut zgłoszony jako ewentualny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy TSS wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa; Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie tego zarzutu w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - z zaznaczeniem przedwczesności tego zarzutu w uzasadnieniu odwołania).

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

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
3. udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania, w szczególności dokumentu zawierającego zastrzeżenie przez Wykonawcę TSS określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz złożonych przez Wykonawcę TSS wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
4. dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej toku:
 - a) poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie Wykonawcy TSS;
 - b) odrzucenie oferty Wykonawcy TSS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP, ponieważ Wykonawca ten w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 223 ust. 1 PZP dokonał zmiany treści złożonej oferty po terminie składania ofert;
 - c) wykluczenie Wykonawcy TSS z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, ponieważ Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
 - d) ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Wykonawcy TSS i wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania - wezwanie tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;
 - e) ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Wykonawcy TSS i wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania oraz nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - wezwanie tego Wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów podmiotowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;
5. ponownej oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Termin wniesienia odwołania: Odwołujący w dniu 25 sierpnia 2022 r. otrzymał informacje o dokonanej ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty, tym samym odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

Interes we wniesieniu odwołania: Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w

rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. W wyniku bezprawnych czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych powyżej, Odwołujący, którego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą ze względu na podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy TSS, został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączniku), wpis od odwołania został uiszczony (dowód w załączniku).

1. Zarzut nr 1 - naruszenie art. 223 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Wykonawcy TSS omyłki rachunkowej, a także zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie tej omyłki

1.1. Zgodnie z treścią Załącznika nr 3 do SWZ, Zamawiający wymagał przedstawienia w ofercie zarówno łącznej ceny brutto za realizację zamówienia, jak i ceny za świadczenie usług utrzymania przez 24 miesiące oraz ceny za świadczenie 20 000 rbh usług rozwoju, przy czym w obu elementach cena ta musiała być dodatkowo przedstawiona jako suma cen jednostkowych (ceny za 3 miesięczne utrzymanie oraz ceny za 1 rbh).

1.2. Zgodnie z treścią złożonego przez Wykonawcę TSS formularza ofertowego, Wykonawca ten zaoferował za realizację zamówienia łączną cenę 3 862 247,06 zł w tym:

a. za świadczenie usług utrzymania w wysokości przez okres 24 miesięcy i w wysokości: 1 108 447,06 zł, przy czym za 3 miesięczne wynagrodzenie za świadczenie usług utrzymania w wysokości 138 555,88 złotych brutto (słownie: sto trzydzieści osiem tysięcy pięćset pięćdziesiąt pięć złotych i osiemdziesiąt osiem groszy 00/100),

b. łączne wynagrodzenie za 20 000 rbh usług rozwoju i modyfikacji w wysokości 2 753 800,00 złotych brutto (słownie: dwa miliony siedemset pięćdziesiąt trzy tysiące osiemset złotych) w tym za 1 roboczogodzinę w wysokości 137,69 zł brutto (słownie: sto trzydzieści siedem złotych i sześćdziesiąt dziewięć groszy 00/100).

1.3. Przyjmując, że cena jednostkowa 3 miesięcznego wynagrodzenia za świadczenie usług utrzymania jest prawidłowa, łączna cena za świadczenie 24 miesięcy utrzymania

powinna wynosić 1 108 447,04 zł ($8 \times 138 555,88 \text{ zł} = 1 108 447,04 \text{ zł}$). Tym samym podana przez Wykonawcę TSS cena łączna za 24 miesiące utrzymania jest nieprawidłowa - różnica to 0,02 zł. W konsekwencji o tę samą kwotę winna być zmieniona cena łączna za realizację zamówienia (na kwotę 3 862 247,04 zł.).

1.4. Analogiczną omyłkę rachunkową Zamawiający poprawił w ofercie Odwołującego (pismem z dnia 29 czerwca 2022 r.). Biorąc pod uwagę powyższe, sformułowany zarzut jest uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

2. Zarzut nr 2 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS pomimo, iż Wykonawca ten w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 223 ust. 1 PZP dokonał zmiany treści złożonej oferty po terminie składania ofert.

2.1. Zgodnie z treścią pkt. 7 formularza ofertowego Wykonawcy TSS, Wykonawca ten oświadczył, że zamówienie wykona z udziałem dwóch podwykonawców: ESKOM IT Sp. o.o. oraz Proacta Sp. z o.o. Wykonawca TSS złożył też wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu ESKOM IT Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez udział jako podwykonawcy w wykonaniu zamówienia w zakresie częściowego udziału w realizacji prac związanych z utrzymaniem i rozwojem systemu EESSi (RINA), a także inne dokumenty podmiotowe dotyczące ESKOM IT Sp. z o.o. (w szczególności odpis z KRS, JEDZ, oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 1 pkt 23 rozporządzenia 2022/576 do rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1) i przepisu art. 5k oraz na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z dnia 15 kwietnia 2022 r., pod poz. 835)).

2.2. Ponieważ - jak należy domniemywać - w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 lipca

2022 r. do złożenia dokumentów w trybie art. 126 PZP, Wykonawca TSS nie złożył dokumentów dotyczących ESKOM IT Sp. z o.o., Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2022 r. wezwał Wykonawcę TSS do uzupełnienia następujących dokumentów dotyczących ESKOM IT Sp. z o.o.:

1) Oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 3-6 ustawy Pzp oraz wart. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b

i c, pkt 3, pkt 6, pkt 8, pkt 9, pkt 10 ustawy Pzp;

2) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit a) i b), pkt 3 sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

3) Oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu odnoszących się do

podstaw wykluczenia wskazanych art. 1 pkt 23 rozporządzenia 2022/576 do rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1) i przepisu art. 5k oraz na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie.

2.3. Ponadto w powołanym piśmie Zamawiający wezwał Wykonawcę TSS do wyjaśnienia treści zobowiązania ESKOM IT Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów. W odpowiedzi na to wezwanie w piśmie z dnia 12 sierpnia 2022 r. Wykonawca TSS złożył wyjaśnienia, z których wynika, że ESKOM IT Sp. z o.o. nie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Tym samym Wykonawca TSS zmienił złożone w formularzu ofertowym oświadczenie dotyczące udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Należy uznać, że Wykonawca ten dokonał niedopuszczalnej w świetle dyspozycji art. 223 ust. 1 PZP zmiany treści złożonej oferty, co winno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP.

2.4. Powyższe stanowisko poparte jest również w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazał skład orzekający w wyroku z dnia 10 lipca 2020 r. sygn. KIO 1174/20: „Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku z 26 września 2016 roku (KIO 1708/16) stwierdziła, że „treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji”. Treść oferty to formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Na gruncie przepisów Pzp, treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości, warunków i sposobu realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2245/17 z dnia 9 listopada 2017 r., zgodnie z którym: „Izba stoi na stanowisku, że zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. (...) Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Izba wskazuje, że oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie.”

2.5. Fakt ten ma również znaczenie w kontekście spełniania przez Wykonawcę TSS warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca TSS stwierdził bowiem w piśmie z dnia 12 sierpnia 2022 r., że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez złożenie dokumentów dotyczących Proacta Sp. z o.o. Tymczasem, jak to zostanie wykazane w dalszej części odwołania, dokumenty dotyczące Proacta Sp. z o.o. nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. W wyniku zaniechania uzupełnienia dokumentów dotyczących ESKOM IT Sp. z o.o. Wykonawca TSS pozbawił się możliwości wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu zasobów

ESKOM IT Sp. z o.o. - ze względu na zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

3. **Zarzut nr 3** - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS, pomimo iż oferta ta została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, ponadto przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

3.1. Zgodnie z treścią złożonej przez Wykonawcę TSS oferty, Wykonawca ten w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej korzysta z zasobów podmiotu trzeciego Proacta Sp. o.o. Wraz z ofertą Wykonawca TSS złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów, podpisane przez przedstawicieli Proacta Sp. z o.o. w dniu 9 czerwca 2022 r. oraz odpis z KRS Proacta Sp. z o.o. aktualny na dzień 8 czerwca 2022 r. Z danych zawartych w odpisie z KRS (Rubryka 6, poz. 1) wynika, że Proacta Sp. z o.o. o numerze KRS 0000950438 powstała z przekształcenia spółki pod firmą Proacta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa. Zgodnie z treścią art. 552 kodeksu spółek handlowych, spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia). Spółka przekształcona (Proacta Sp. z o.o. o nr KRS 0000950438) została wpisana do rejestru w dniu 31 stycznia 2022 r., co wynika wprost z załączonego do oferty odpisu z KRS Proacta Sp. z o.o. Proacta Sp. z o.o., która udostępniła zasoby Wykonawcy TSS, istnieje zatem od dnia 31 stycznia 2022 r. Poprzednikiem prawnym tej spółki jest Proacta Spółka z o.o. Spółka komandytowa.

3.2. Ze złożonego przez Wykonawcę TSS wykazu usług wynika tymczasem, że doświadczenie, na które Wykonawca TSS się powołuje, zostało zdobyte przez Proacta Sp. z o.o. w okresie:

1) od 1.10.2020 r. do 30.06.2021 r.

2) od 1.05.2021 r. do 30.04.2022 r.

Umowy, na podstawie których realizowane były wskazane usługi, musiały być zatem zawarte odpowiednio: 1.10.2020 r. oraz 1.05.2021 r.

3.3. W tym czasie (jak również przez cały czas realizacji pierwszej wykazanej usługi i większość czasu wykonywania drugiej wykazanej usługi) nie istniała jeszcze Proacta Sp. z o.o. o numerze KRS 0000950438, ponieważ spółka ta powstała dopiero w dniu 31 stycznia 2022 r. Nie istniała zatem spółka, która udostępniła Wykonawcy TSS zasoby w postaci wiedzy technicznej i zawodowej. W okresie tym istniała spółka o nazwie Proacta Sp. z o.o. - numer KRS 0000604609 (spółka ta działała pod tą firmą od 26.02.2016 r. i była współnikiem spółki Proacta Sp. z o.o. Spółka komandytowa).

Od 14.02.2022 r. do chwili obecnej spółka ta działa jako Proacta Invest Sp. z o.o. Dowód: Załącznik nr 6 do odwołania - odpis pełny Proacta Invest Sp. z o.o.

3.4. Tym samym jedyną spółką, która działała pod nazwą Proacta Sp. z o.o. w okresach wykazanych w złożonym przez Wykonawcę TSS wykazie usług, była spółka, która od 14.02.2022 r. do chwili obecnej działa jako Proacta Invest Sp. z o.o.

3.5. Proacta Sp. z o.o., która powstała z przekształcenia Proacta Sp. z o.o. Sp. komandytowa, i która udostępniła swoje zasoby Wykonawcy TSS, nie mogła zatem wykonywać usług wykazanych w wykazie usług.

3.6. Z przytoczonych okoliczności wynika zatem, że spółką, która mogła udostępnić zasoby w postaci zdolności technicznej i zawodowej (wiedzy i doświadczenia zdobytego w okresie od 1.10.2020 r. do 30.06.2021 r. oraz od 1.05.2021 r. do 30.04.2022 r.) była Proacta Invest Sp. z o.o. numer KRS 0000604609, działająca od 2016 r. do 14.02.2022 r. jako Proacta Sp. o.o.

3.7. Ponieważ zaś zdolność techniczna i zawodowa została udostępniona przez Proacta Sp. z o.o. o numerze KRS 0000950438, udostępnienie to nie ma podstaw, ponieważ spółka ta nie dysponuje wykazanym w wykazie wykonanych usług doświadczeniem.

3.8. Tym samym nie ulega wątpliwości, że Wykonawca TSS nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze względu na fakt, iż Wykonawca ten jednocześnie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP (co zostanie wykazane w zarzucie nr 4), brak podstaw do stosowania wobec tego Wykonawcy trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 128 PZP).

4. **Zarzut nr 4** - naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TSS, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

4.1. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Zamawiający w Rozdziale VI pkt 2, 2), 5) SWZ przewidział stosowanie fakultatywnej podstawy wykluczenia, określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

4.2. Przechodząc do uzasadnienia sformułowanego zarzutu konieczne jest wskazanie, że okoliczności opisane w zarzucie nr 3 są możliwe do zweryfikowania na podstawie ogólnie dostępnych informacji z bazy przedsiębiorców Ministerstwa Sprawiedliwości:

. Biorąc pod uwagę specyficzny

stosunek zaufania, który musi cechować relację pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, trudno zakładać, że Wykonawca TSS nie zdawał sobie sprawy z faktu, iż Proacta Sp. z o.o. (ta Proacta Sp. z o.o., która udostępniła Wykonawcy TSS zasoby) jest spółką powstałą dopiero 31 stycznia 2022 r. w wyniku przekształcenia ze spółki komandytowej o nazwie Proacta Sp. z o.o. Spółka komandytowa. Naturalne wydaje się zatem, że referencje wystawione dla Proacta Sp. z o.o. w okresie, w którym podmiot udostępniający zasoby nazywał się inaczej niż określono w referencjach, powinny wzbudzić u Wykonawcy TSS niepokój, próbę wyjaśnienia tej sytuacji w celu zapobieżenia złożeniu informacji błędnych, wprowadzających Zamawiającego w błąd. Działanie Wykonawcy TSS, polegające na braku zweryfikowania dokumentów przekazanych temu Wykonawcy przez Proacta Sp. z o.o., należy zatem zakwalifikować co najmniej jako rażące niedbalstwo (jeśli nie jako celowe działanie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu). Jak podkreśla się w doktrynie: Wykonawca będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli informacje nieprawdziwe będzie podawał w wyniku działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa. Niezbędne do podjęcia czynności wykluczenia jest więc ustalenie, że wykonawca działał umyślnie - z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd - lub też wprowadził nieumyślnie, jednak z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności (por. wyrok KIO z 9.01.2020 r., KIO 2630/19, LEX nr 2911787). Przez niedbalstwo, zgodnie z doktryną prawa cywilnego, należy rozumieć zachowanie sprawcy, który podejmując decyzję co do przyszłego postępowania, nie zdaje sobie sprawy z tego, że może ono być bezprawne. Miernikiem oceny przewidywania sprawcy co do prawidłowości lub nieprawidłowości działania w przypadku zamówień publicznych powinno być zachowanie należytej staranności ustalanej z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez wykonawcę. (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 109 PZP, teza 8, opublikowano: WKP 2021). Zawodowy charakter działalności prowadzonej przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego wymaga, aby informacje przekazywane przez podmiot udostępniający zasoby zostały przez niego zweryfikowane w celu zapobieżenia sytuacji, w której zamawiający podejmuje decyzję najistotniejszą w postępowaniu - decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty, na podstawie błędnego przeświadczenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

4.3. Skoro zatem Wykonawca TSS w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to działanie takie winno skutkować wykluczeniem tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP.

5. **Zarzut nr 5** - naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TSS, mimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

5.1. Ponownie należy wskazać, że Zamawiający w Rozdziale VI pkt 2, 2), 7) SWZ przewidział stosowanie fakultatywnej podstawy wykluczenia, określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP.

5.2. W uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący pragnie powołać się na argumentację, która została opisana w odniesieniu do zarzutu nr 4. Nie ulega wątpliwości, że nawet jeśli nie byłoby podstaw do kwalifikowania działania Wykonawcy TSS, polegającego na powoływaniu się na zasoby podmiotu, którymi ów podmiot nie dysponuje, jako zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (i w związku z tym nie byłoby podstawy do stosowania wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP) - działanie to powinno być co najmniej zakwalifikowane jako lekkomyślność lub niedbalstwo, które doprowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd i miało istotny wpływ na podjęte przez Zamawiającego decyzje (ocenę oferty Wykonawcy TSS i wybór oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej).

5.3. Ponownie powołując się na poglądy wyrażone w literaturze: „Wykonawca podlega wykluczeniu, jeżeli informacje wprowadzające w błąd przedstawia w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności (kiedy wykonawca nie ma zamiaru działać bezprawnie, ale podejmuje działania świadom tego, że mogą one naruszać prawo) lub niedbalstwa (kiedy wykonawca, podejmując decyzję co do przyszłego postępowania, nie zdaje sobie sprawy z tego, że może ono być bezprawne). Stosując zasadę interpretacyjną a minori ad maius, należy przyjąć, że jeżeli wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej wykonawcy do wykluczenia, to podlega on wykluczeniu, również gdy przedstawia informacje w sposób zamierzony (por. wyrok KIO z 10.07.2020 r., KIO 736/20, LEX nr 3029436). (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 109 PZP, teza 8, opublikowano: WKP 2021).

6. **Zarzut nr 6** - naruszenie art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej

6.1. W ocenie Odwołującego, ze względu na konieczność wykluczenia Wykonawcy TSS z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, brak

podstaw do wzywania tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też zarzut ten jest zgłoszony jako ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia

Wykonawcy TSS na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP) oraz innych zarzutów dotyczących wykluczenia Wykonawcy TSS lub odrzucenia jego oferty.

6.2. Stanowisko to znajduje również poparcie w doktrynie: „W przypadku obu przesłanek związanych z przedstawieniem nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd nie zachodzą podstawy do uzupełnienia dokumentów, które informacje te zawierają na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. Jak zauważyła Izba w wyroku KIO z 8.06.2020 r., KIO 600/20, LEX nr 3029192: „Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 109 PZP, teza 8, opublikowano: WKP 2021).

6.3. Uzasadnienie przedmiotowego zarzutu jest analogiczne jak w przypadku zarzutu nr 3 (Wykonawca TSS nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co zostało wykazane w uzasadnieniu zarzutu nr 3), co winno skutkować wezwaniem tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (przy założeniu, że nie zachodzą podstawy wyłączające takie wezwanie, opisane w pkt. 6.1.).

6.4. Należy ponadto podkreślić, że w przypadku wezwania do uzupełnienia dokumentów, Wykonawca TSS musiałby wykazać się wyłącznie własnym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z SWZ, ponieważ zgodnie z treścią art. 123 PZP wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Analogiczne do art. 123 PZP postanowienie Zamawiający zawarł również w SWZ (Rozdział V, pkt 4 ppkt 5). Należy przy tym przypomnieć, że Wykonawca ten nie może również powoływać się na zasoby ESKOM IT Sp. z o.o., ponieważ do uzupełnienia dokumentów tego podmiotu już raz był wzywany i nie złożył

wskazanych dokumentów w wyznaczonym terminie.

7. Zarzut nr 7 - naruszenie art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów podmiotowych (tj. wykazu wykonanych usług, referencji oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów), mimo iż dokumenty te budzą wątpliwości, a z ich treści wynikają sprzeczności.

7.1. W ocenie Odwołującego, ze względu na konieczność wykluczenia Wykonawcy TSS z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, brak podstaw do wzywania tego Wykonawcy do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też omawiany zarzut zgłoszony jest jako ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Wykonawcy TSS na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, innych zarzutów dotyczących wykluczenia Wykonawcy TSS lub odrzucenia jego oferty oraz nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 PZP.

7.2. Uzasadnienie powołanego zarzutu jest analogiczne jak w przypadku zarzutu nr 3 (Wykonawca TSS nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co zostało wykazane w uzasadnieniu zarzutu nr 3) oraz 6.

7.3. Niemniej, Odwołujący z ostrożności podkreśla, że treść złożonych przez Wykonawcę TSS dokumentów daje podstawę do uznania, że podmiotem udostępniającym zasoby powinna być Proacta Invest Sp. z o.o. Ponieważ podmiotem udostępniającym zasoby jest Proacta Sp. z o.o., kwestia ta winna być co najmniej wyjaśniona w trybie art. 128 ust. 4 PZP, czego Zamawiający zaniechał, a tym samym wskazany przepis naruszył.

8. Zarzut nr 8 - naruszenie art. 128 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów - mimo iż złożone przez Wykonawcę TSS dokumenty, to jest wykaz usług i referencje, budzą wątpliwości

8.1. W ocenie Odwołującego, ze względu na konieczność wykluczenia Wykonawcy TSS z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, brak podstaw do zwracania się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Dlatego

też zarzut ten jest zgłoszony jako ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Wykonawcy TSS na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, innych zarzutów dotyczących wykluczenia Wykonawcy TSS lub odrzucenia jego oferty oraz nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 PZP.

8.2. Uzasadnienie powołanego zarzutu jest analogiczne jak w przypadku zarzutu nr 3 (Wykonawca TSS nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co zostało wykazane w uzasadnieniu zarzutu nr 3) oraz 6 i 7.

8.3. Niemniej Odwołujący z ostrożności wskazuje, że po pierwsze - referencje Proacta Sp. z o.o. winny wzbudzić wątpliwość Zamawiającego gdyż z treści przedłożonych Zamawiającemu dokumentów nie wynika, że faktycznie zakres zamówień realizowanych dla ww podmiotów odpowiadał wymaganiom SWZ. Co więcej wątpliwość Zamawiającego winien wzbudzić fakt, że firma Proacta nie prezentuje w portfolio zawartym na swojej stronie internetowej żadnej z referencji, którymi posłużono się w niniejszym postępowaniu. Po drugie - treść złożonych przez Wykonawcę TSS dokumentów daje podstawę do uznania, że podmiotem udostępniającym zasoby powinna być Proacta Invest Sp. z o.o. Ponieważ zaś podmiotem udostępniającym zasoby jest Proacta Sp. z o.o., kwestia ta winna być co najmniej wyjaśniona bezpośrednio z odbiorcami wykazanych usług (Poczta Polska Usługi Cyfrowe Sp. z o.o. oraz Simple S.A.). Zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego należy zatem zakwalifikować jako naruszenie art. 128 ust. 5 PZP.

9. Zarzut nr 9 - naruszenie art. 18 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez zaniechanie

udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez Wykonawcę TSS wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

9.1. Pismem z dnia 26 sierpnia 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności: oferty TRUSTED SOFTWARE SERVICES Sp. z o. o. wraz z załącznikami i wszelkiej korespondencji pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami. W dniu 29 sierpnia 2022 r. o godz. 11:58 Wykonawca otrzymał od Zamawiającego wiadomość e-mail zawierającą informację o zamieszczeniu przez Zamawiającego na platformie zakupowej protokołu postępowania wraz z jawnymi załącznikami (oferty i wszelka korespondencja pomiędzy zamawiającym a oferentami). Zamawiający udostępnił Odwołującemu szereg dokumentów, jednakże zakres przekazanych dokumentów nie odpowiada dyspozycji art. 18 ust. 1 i 3 PZP. W szczególności należy wskazać, że Odwołującemu nie został w żadnym zakresie udostępniony dokument ani fragment dokumentu, w którym Wykonawca TSS zawarł zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji. Odwołujący nie jest zatem w stanie nawet zweryfikować, czy jakakolwiek informacja została rzeczywiście przez Wykonawcę TSS zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa - a jeśli tak, to jaka. Z całą pewnością informacja o tym, jakie informacje wykonawca zastrzega jako tajemnicę (i treść tego zastrzeżenia) nie może być tajemnicą przedsiębiorstwa, tym samym zastrzeżenie takie winno być Odwołującemu udostępnione. Odwołującemu została jedynie przekazana w dniu 5 września 2022 r. informacja Zamawiającego, zgodnie z którą Wykonawca TSS zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, za wyjątkiem: raportu Hays, portfolio oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Odwołujący formułuje zatem niniejszy zarzut niejako na podstawie domniemań o zakresie zastrzeżenia informacji, w szczególności na podstawie treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które zostało Odwołującemu udostępnione (bez załączników).

9.2. Należy w tym miejscu również wskazać, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy nie ma uzasadnienia dla zastrzeżenia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (oprócz szczytkowych informacji o zasadności zastrzeżenia referencji Podwykonawcy, które jednakże Odwołującemu zostały udostępnione - najprawdopodobniej ze względu na fakt, iż fakt współpracy z konkretnym Podwykonawcą został przez Wykonawcę TSS ujawniony już w ofercie). Tym samym uzasadnienie nie zawiera żadnych argumentów dających podstawę do zastrzeżenia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny - załączniki te winny być zatem Odwołującemu udostępnione już tylko z tego powodu. Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę udostępnioną Odwołującemu listę załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazać należy, że zdecydowana większość z tych załączników albo wcale, albo w zdecydowanej większości nie powinna być utajniona. Nie ma bowiem żadnych podstaw do utajniania informacji o subskrypcji Atlassian - informacja o tym, że taką subskrypcję Wykonawca TSS posiada, wynika z samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, i z jawnej nazwy załącznika. Informacje o cenach subskrypcji dostępne są zaś publicznie na stronie . Trudno również uznać za uzasadnione utajnienie umowy o zachowaniu poufności, która z założenia może być jedynie uzasadnieniem dla zastrzeżenia informacji, ale nie może sama z siebie stanowić przedmiotu zastrzeżenia. Wskazuje to na bezwzględne wady podjętej przez Zamawiającego weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez Wykonawcę TSS treści załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i stanowi podstawę do jej ponowienia w toku powtórzonej oceny ofert.

9.3. Z udostępnionego Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wynika, że zastrzeżeniu podlegały wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez Wykonawcę TSS. Jak wskazano wyżej, z informacji przekazanej przez Zamawiającego w dniu 5 września 2022 r. wynika ponadto, że Wykonawca utajnił również załączniki do tych wyjaśnień (oprócz raportu Hays, portfolio i uzasadnienia zastrzeżenia). W tym miejscu należy po pierwsze podkreślić, że działanie polegające na utajnieniu całych dokumentów (pisma Wykonawcy TSS, zawierającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz załączników do niego) nie znajduje podstaw w przepisach PZP i jest uznawane za jednoznacznie nieprawidłowe. Jak podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2022 r., sygn. KIO 290/22: „Izba wskazywała już wielokrotnie w swoich orzeczeniach, że przy zastrzeganiu informacji oraz analogicznie dokumentów je zawierających i ich części należy stosować zasadę minimalizacji, tj. nie zastrzegać całego dokumentu, lecz jedynie jego część będącą stricte ową informacją, którą wykonawca chce chronić, tj. pojedynczych liczb lub wyrazów albo innych pojedynczych danych, w następnej kolejności poszczególnych wersów czy zdań lub ich części, poszczególnych akapitów lub ich części, poszczególnych stron lub ich części itd.”.

9.4. Zasadność zastrzeżenia całego dokumentu jest zjawiskiem bardzo rzadkim i dotyczy

specyficznych dokumentów (np. w sytuacji, gdy ze względu na charakter zastrzeganych

informacji w zasadzie całość dokumentu i tak podlegałaby utajnieniu, lub też w przypadku, gdy ujawnieniu z danego dokumentu podlegałyby wyłącznie informacje szcątkowe, albo przekopiowane z wymagań SWZ).

Jednak w odniesieniu do większości dokumentów wykonawcy zdecydowanie mogą podjąć takie działania, aby utajnieniu podlegały jedynie określone informacje. Ma to istotne znaczenie, ponieważ tylko w taki sposób istnieje możliwość pogodzenia zasady jawności postępowania z respektowaniem prawa wykonawcy do ochrony jego tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak podkreślił w wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych Sygn. akt XXIII Zs 53/21 z dnia 1 października 2021 r.: „Sąd zgadza się z KIO, co do tego, że w niniejszej sprawie stwierdzone przez KIO naruszenia przepisów art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy sPzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy sPzp zaniechał bowiem czynności odtajnienia i udostępnienia odwołującemu (...) wskazanych w sentencji wyroku KIO dokumentów i oświadczeń złożonych przez konsorcjum (...). Odtajnienie tych dokumentów może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż po ich lekturze odwołujący (...) będzie mógł ewentualnie sformułować zarzuty, których skutkiem może być wykluczenie Konsorcjum (...) z udziału w postępowaniu lub odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę. Wynik postępowania może zatem ulec jeszcze zmianie. Sąd w tym zakresie pragnie uwypuklić wagę oceny wiadomości specjalistycznych przedstawianych w wyjaśnieniach (...). Zdaniem Sądu słusznie argumentuje (...), iż powinien on mieć realną możliwość samodzielnej oceny argumentów używanych przez jego konkurenta w ramach wyjaśnień (...), w szczególności w tym zakresie w jakim argumentacja ta dotyczy właśnie pojęć z zakresu wiedzy specjalistycznej, bo to dopiero warunkuje możliwość ewentualnego złożenia rzetelnego odwołania w opisywanym zakresie. Oczywiście jest zrozumiałe, że są takie informacje w każdym przedsiębiorstwie, które mogą i w sposób prawnie uzasadniony powinny być traktowane jako poufne. Nie może to jednak prowadzić do nadużyć, które wypaczają sens środków ochrony prawnej przewidzianych w sPzp. Zdaniem Sądu tak profesjonalny i znaczący na rynku zamówień publicznych podmiot jak konsorcjum (...) z pewnością ma wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie, ażeby przy składaniu wyjaśnień (...) sformułować je w sensie metodologicznym w taki sposób, ażeby zachowując prymat zasady jawności umieć skutecznie zastrzec tylko te informacje, które rzeczywiście powinny pozostać poufne. Wydaje się, że w sensie technicznym zawsze jest to możliwe poprzez zachowywanie pełnej jawności zasadniczego wyводу w danym piśmie, zaś obejmowanie tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie wyjątkowo wrażliwych danych powoływanych np. jako załączniki do konkretnego pisma i zastrzeganie informacji zawartych wyłącznie w tych załącznikach.”

9.5. Już tylko z tego względu zarzut należy uznać za uzasadniony - nawet jeśli bowiem w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień znajdują się określone informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (co Odwołujący będzie kwestionował w dalszej części odwołania), i jeśli w ogóle zostały one zastrzeżone (czego Odwołujący nie jest w stanie zweryfikować, ponieważ nie udostępniono mu samego zastrzeżenia), i nawet jeśli zostały one skutecznie przez Wykonawcę TSS zastrzeżone (co również Odwołujący będzie kwestionował w dalszej części odwołania), to z pewnością nie może podlegać zastrzeżeniu cały dokument, a jedynie określone, skutecznie zastrzeżone informacje. Co najmniej zatem Zamawiający winien udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez Wykonawcę TSS, a także załączniki do tych wyjaśnień, w sposób zapewniający tajność informacji rzeczywiście skutecznie zastrzeżonych (np. przez ich zaciemnienie). Działanie Zamawiającego niewątpliwie narusza zatem dyspozycję art. 18 ust. 1 i 3 PZP, niezależnie od treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonego przez Wykonawcę TSS.

9.6. Konieczne jest w dalszej kolejności stwierdzenie, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożone przez Wykonawcę TSS, nie stanowi podstawy do skutecznego - w świetle dyspozycji art. 18 ust. 3 PZP, zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. W ostatnim okresie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej i sądu zamówień publicznych temat skutecznego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w szczególności w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny) omawiany był bardzo szeroko. W konsekwencji judykatura wypracowała dość precyzyjne stanowisko dotyczące kwestii, które powinny być podniesione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, szczególności tego uzasadnienia, sposobów wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji itp.

9.7. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 sierpnia 2021 r., sygn. KIO 1949/21: „wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą zostać rzeczowo uzasadnione i udowodnione. Jak każdy wyjątek zastrzeżenie danych nie może być

wykładane rozszerzająco, dlatego też wykonawca nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie własnej oceny. Tajemnica przedsiębiorcy powinna być bowiem oceniana w sposób obiektywny, czyli w oderwaniu od woli przedsiębiorcy. Inaczej poufne pozostałoby wszystko to, co arbitralnie wykonawca uzna za zastrzeżone, kiedy informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorię danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny tajemnica gospodarcza, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu (por. wyroki NSA z dnia 13.04.2016 r. sygn. akt: I OSK 2563/14 i z dnia 14.09.2017 r. sygn. akt: I OSK 2740/15), a co wydaje się szczególnie istotne przy utajnianiu danych wpływających na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czyli w zakresie informacji przekładających się na wybór oferty najkorzystniejszej. (...) Izba stwierdziła, że utajnienie informacji przez przystępującego nie spełnia przesłanek art. 18 ust. 3 p.z.p., więc nie ma podstaw, aby nie zostały one przekazane odwołującemu. Zgodnie z tą normą nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Omawiany przepis nakłada na więc wykonawcę nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że stanowią one tajemnicę gospodarczą. Ustawodawca jednoznacznie określił rozkład ciężaru dowodu obciążając stronę, która jest przekonana, że jej informacje stanowią poufne dane, koniecznością wykazania określonych okoliczności. Powyższe koreluje z koniecznością zobiektywizowanego badania prawidłowości wystąpienia wyjątku od zasady jawności, bowiem to poprzez rzeczowe i przekonujące uzasadnienie tajemnicy, właściwie poparte dowodami, zamawiający ocenia, czy zastrzeżenie informacji pozwala na odejście od naczelnej zasady jawnego postępowania." Nie ulega zatem wątpliwości, że po pierwsze - zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od jednej z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (zasady jawności postępowania) i jako takie winno być traktowane ściśle; po drugie - na wykonawcy zastrzegającym informacje ciąży ciężar dowodu, że spełnione zostały wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK (powinny one być opisane w uzasadnieniu zastrzeżenia i potwierdzone załączonymi do uzasadnienia dowodami); po trzecie - wartość gospodarcza, która mogłaby stanowić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy, musi mieć charakter zobiektywizowany.

9.8. W wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 500/21 skład orzekający Izby wskazał ponadto na istotny element, który powinien być przez wykonawców wykazany w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a którego w uzasadnieniu zastrzeżenia Wykonawcy TSS nie ma w ogóle - wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji: „W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwejli, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko- Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.”

9.9. Argumenty te zostały nie tylko podtrzymane, ale wręcz wzmocnione w toku kontroli instancyjnej, w wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych Sygn. akt XXIII Zs 53/21 z dnia 1 października 2021 r.: „Sąd

dokonując oceny zasadności powyższych zarzutów w kontekście rozstrzygnięcia KIO przyjął jako punkt wyjścia prymat zasady jawności postępowania wynikający z art. 8 ust. 1 sPzp, który stanowi, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Dlatego zdaniem Sądu wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia "wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 sPzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek "wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku "udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko skarżącego (w istocie zaakceptowane przez zamawiającego poprzez nie odtajnienie zaskarżonej części informacji), jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 sPzp. Sąd podziela stanowisko KIO, że z art. 8 ust. 3 sPzp wynika nałożenie na wykonawcę obowiązku wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd zgadza się z poglądem KIO, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa."

9.10. Pogląd ten podzielił także skład orzekający Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21: „(...) wszelkie wyłączenia, czy choćby ograniczenia jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosowane i dopuszczane powinny być bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenie jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania, czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci. W sposób jasny i jednoznaczny dał temu wyraz ustawodawca wprowadzając ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych zmianę art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. W uzasadnieniu do poselskiego projektu tej ustawy (druk sejmowy nr 1653, Sejm RP VII kadencji) wyjaśniając przyczyny zmiany art. 8 ust. 3 wskazano, że „Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”. Zdaniem Sądu Okręgowego przytoczony fragment uzasadnienia powinien stanowić ważną wskazówkę interpretacyjną przy wykładni art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. wprowadzającego odstępstwo od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) W orzecnictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica

przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązкови sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gółosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gółosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Pogląd ten jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r., z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie „wartości gospodarczej” może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. W konsekwencji przyjąć trzeba, że nie jest istotne, czy omawiana wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne jest aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. Kierując się powyższymi założeniami zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny, czy istniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie. W dalszej kolejności w oparciu o te same założenia kontrola skuteczności zastrzeżenia powinna być dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznając ewentualne odwołanie w tym przedmiocie.”

9.11. Przenosząc powyższe stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonym przez Wykonawcę TSS, brak jest podstawowych elementów umożliwiających uznanie tego uzasadnienia za skuteczne w świetle brzmienia art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 11 ust. 2 UZNK i wykładni językowej oraz celowościowej tych przepisów.

9.12. Jak wskazał Wykonawca TSS we wstępie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, „zastrzeżone dokumenty [Odwołujący nie wie jakie, ponieważ samo zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało mu udostępnione]:

a) określają szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty, w tym:

- wskazują zakładany przez Wykonawcę poziom marży;
- określają rodzaje i wartość poszczególnych pozycji kosztowych;
- zawierają informacje dotyczące wysokości wynagrodzenia personelu, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia oraz przyjętą formułę zatrudnienia tego personelu.
- wskazują poziom zaoferowanych cen stosowanych przez partnerów handlowych Wykonawcy;

- ujawniają koszty działalności prowadzonej przez Wykonawcę;
- b) wskazują metodologię wyceny kosztów osobowych wykonania usług utrzymaniowych oraz rozwojowych;
- c) wskazują przewidywane przez Wykonawcę ryzyka związane z wykonaniem zamówienia oraz określają ich wycenę;
- d) ujawniają sposób realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym zastosowanie konkretnych rozwiązań technicznych oraz organizacyjnych.”

9.13. Odnosząc się do pierwszego elementu Odwołujący wskazał, że: „Zaprezentowany sposób kalkulacji ceny oferty ma charakter indywidualny. Zamawiający nie określił szczegółowego sposobu obliczenia ceny oferty, w tym według narzuconych przez siebie wytycznych kosztorysowych, jak również nie wymagał jej złożenia wraz z ofertą. Sposób kalkulacji ceny przedstawiany jest zatem wyłącznie w związku z uruchomioną przez Zamawiającego procedurą badania rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe informacje stanowią know-how przedsiębiorstwa, jego narzędzie, którym posługuje się w rywalizacji ze swoimi konkurentami na rynku w zakresie podobnego rodzaju projektów. Z oczywistych względów przedmiotowe informacje nie są ujawniane przez Wykonawcę. Poznanie zaprezentowanych danych przez podmioty konkurencyjne niewątpliwie mogłoby doprowadzić do wyrządzenia szkody Wykonawcy oraz jego Podwykonawcy. Znając szczegóły dotyczące kalkulacji ceny oferty w tego rodzaju projektach, w tym metodykę kalkulacji ceny oferty, poziom wynagrodzenia personelu, poziom stosowanej marży, poziom kosztów ogólnych, konkurencyjne podmioty byłyby w stanie przewidywać poziom cen Wykonawcy w kolejnych postępowaniach zakupowych, co niewątpliwie osłabiłoby jego szanse w skutecznym ubieganiu się o uzyskanie zamówienia. Znając poziom wynagrodzenia personelu Wykonawcy, czy jego podwykonawcy konkurencja byłaby ponadto w stanie korzystać z ujawnionych źródeł zaopatrzenia, czy też negocjować stawki analogiczne do Wykonawcy, jak również podjąć próbę przejęcia tego personelu.”

9.14. Wykonawca TSS ograniczył się zatem do tego, aby wylistować rodzaj informacji, które są zawarte w wyjaśnieniach, a następnie przytoczył ogólnikowe, sztamkowe uzasadnienie, które mogłyby być złożone przez dowolnego wykonawcę w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie sposób stwierdzić na podstawie tego uzasadnienia, dlaczego sposób kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu przez Wykonawcę TSS miałby mieć charakter unikatowy i stanowić jego know-how podlegające szczególnej ochronie. Fakt, że każdy przedsiębiorca w sposób właściwy dla siebie dokonuje kalkulacji ceny, nie jest jeszcze w żaden sposób okolicznością uzasadniającą jej charakter jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Wykonawca TSS nie poparł żadnym dowodami stwierdzenia, że ujawnienie metodyki kalkulacji ceny w niniejszym postępowaniu mogłoby mu przynieść jakąkolwiek szkodę (oprócz oczywistej szkody w postaci narażenia się na odrzucenie jego oferty po dokonaniu przez innych wykonawców weryfikacji poprawności tej kalkulacji - tego rodzaju „szkoda” nie może jednak stanowić uzasadnienia dla utajniania jakichkolwiek informacji).

9.15. Trudno też zgodzić się z twierdzeniem, iż „znając metodykę kalkulacji ceny oferty, poziom wynagrodzenia personelu, poziom stosowanej marży, poziom kosztów ogólnych, konkurencyjne podmioty byłyby w stanie przewidywać poziom cen Wykonawcy w kolejnych postępowaniach zakupowych, co niewątpliwie osłabiłoby jego szanse w skutecznym ubieganiu się o uzyskanie zamówienia.” Nie ulega wątpliwości, że cena w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest jawna. Składając oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy ujawniają poziom stosowanych przez siebie cen, co w skali większej ilości postępowań pozwala z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć poziom cen, który zostanie zaoferowany w kolejnych podobnych postępowaniach - o ile przyjęta zostanie przez danego wykonawcę taka sama metoda kalkulacji. Wykonawca TSS twierdzi, że metoda kalkulacji ceny jest wypracowanym przez lata know-how, a jednocześnie stosuje tę samą metodę kalkulacji we wszystkich podobnych postępowaniach, tym samym poziom stosowanych przez niego cen jest banalnie prosty do ustalenia. W konsekwencji sama metodyka nie ma w sobie żadnej wartości gospodarczej, ponieważ nie zapewnia żadnej przewagi nad konkurentami. W ocenie Odwołującego w konsekwencji nie ma żadnych podstaw, aby podlegała ona jakiegokolwiek ochronie.

9.16. Twierdzenia Wykonawcy TSS w zakresie metodyki wyceny kosztów są jednocześnie wewnątrznie sprzeczne. Wykonawca ten podkreśla bowiem, że metodyka ta stanowi jego wypracowywane know-how i narzędzie w rywalizacji z konkurentami, a jednocześnie - że ma

charakter indywidualny. Jeśli rzeczywiście metodyka ta miałaby mieć charakter indywidualny (opracowany tylko na potrzeby niniejszego postępowania), to jej ujawnienie nie może stanowić zagrożenia dla przyszłej działalności rynkowej Wykonawcy TSS, a tym samym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jest w tym zakresie oparte na niewłaściwej argumentacji i jako takie nie zasługuje na respektowanie. Odnieść można wrażenie, że cała argumentacja dotycząca konieczności rzekomej ochrony metodyki wyceny jest oparta na zbiorze przypadkowych, nieprzemyślanych i stylistycznie dobrze brzmiących, lecz merytorycznie płytkich twierdzeń.

9.17. Większość argumentów zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy to sformułowania oczywiste, opisujące okoliczności działalności rynkowej właściwe dla każdego przedsiębiorcy, lecz nie mogące stanowić dostatecznego uzasadnienia dla stosowania wyjątku od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dla przykładu fragment: „Wykonawca wskazywał, że objęty przedmiotem zamówienia projekt polegający na utrzymaniu oraz rozwoju oprogramowania stanowi jego podstawową działalność biznesową. Wypracowanie zaprezentowanej metodologii stanowi wyraz jego doświadczenia oraz wymagało znacznego zaangażowania zasobów ludzkich i organizacyjnych, a tym samym łączyło się kosztami po stronie Wykonawcy. Nie można zatem wykluczyć, że zapoznanie się konkurencyjnych wykonawców z tą metodologią pozwoliłoby im na powielenie stosowanych rozwiązań, bez ponoszenia kosztów w tym zakresie, co dodatkowo osłabiłoby pozycję konkurencyjną Wykonawcy.” zawiera zbiór oczywistych faktów, lecz nie ma w nim nic, co mogłoby przemawiać za koniecznością ochrony konkretnych informacji w trybie art. 18 ust. 3 PZP i art. 11 ust. 2 UZNK.

9.18. Nie sposób również uznać, że na ochronę zasługuje poziom wynagradzania personelu przyjęty przez Wykonawcę TSS. Jak Odwołujący wskaże w pkt. 10.13 odwołania, Wykonawca TSS prowadzi rekrutację na stanowiska, które odpowiadają kompetencjom wymagany wobec personelu w niniejszym postępowaniu, i w ramach informacji rekrutacyjnych podaje poziom oferowanego wynagrodzenia. Tym samym informacje o poziomie wynagradzania personelu nie są chronione przez samego Wykonawcę TSS i nie mogą stanowić uzasadnienia dla zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

9.19. Nie wiadomo też, o jakich „źródłach zaopatrzenia” mowa w wyjaśnieniach (które Wykonawca TSS rzekomo zamierza chronić zastrzegając wyjaśnienia), ponieważ przedmiotem niniejszego postępowania są usługi, które mają być świadczone przez personel wykonawcy. Jedynym zewnętrznym „źródłem zaopatrzenia” jest zatem podwykonawca, którego jednak Wykonawca TSS ujawnił, ponieważ w złożonym formularzu ofertowym wymienił z nazwy podwykonawców, którzy mają realizować zamówienie: ESKOM IT Sp. z o.o. i Proacta Sp. z o.o. Skoro zatem wszystkie źródła zaopatrzenia zostały przez Wykonawcę TSS ujawnione, nie może w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powoływać się na konieczność ich rzekomej ochrony.

9.20. W odniesieniu do opisywanego wyżej szeroko w judykaturze obowiązku wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji wadliwość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez Wykonawcę TSS objawia się szczególnie jaskrawo. Wykonawca ten ograniczył się wyłącznie do wskazania, że zastrzegane informacje wartość gospodarczą posiadają: „Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone dokumenty zawierają informacje mające charakter technologiczny i organizacyjny przedsiębiorstwa, jak również posiadają wartość gospodarczą, co stanowi zasadniczą przesłankę warunkującą uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.” W żaden sposób wartości gospodarczej zastrzeganych informacji nie opisał, ani też nie próbował wykazać, na czym miałyby ona polegać, ani jak wysoka miałyby ona być. Jak wynika z szeroko cytowanych wyżej orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i sądu zamówień publicznych, brak wykazania wartości gospodarczej uniemożliwia uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za dokonane skutecznie, nie została bowiem spełniona przesłanka wykazania, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.

9.21. Trudno również zgodzić się z twierdzeniem, że Wykonawca TSS podjął działania niezbędne do zachowania w poufności zastrzeganych informacji. Jak wskazano w pkt. 10.13 odwołania, poziom wynagradzania personelu przez Wykonawcę TSS jest udostępniany publicznie przez samego Wykonawcę. Podobnie ujawniona została informacja o współpracy z konkretnym podwykonawcą i o referencjach tego podwykonawcy oraz partnerach handlowych podwykonawcy Proacta Sp. z o.o. (Poczta Polska Usługi Cyfrowe Sp. z o.o. i Simple S.A.).

9.22. Podsumowując:

9.22.1. po pierwsze, Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, czy Wykonawca TSS (jak również Podwykonawca Wykonawcy TSS) dokonał jakiegokolwiek zastrzeżenia jakichkolwiek informacji, ponieważ samo zastrzeżenie nie zostało mu udostępnione, co samo w sobie jest już naruszeniem art. 18 ust. 1 i 3 PZP;

9.22.2. po drugie, jeśli Wykonawca TSS zastrzegł określone informacje, to najprawdopodobniej są to informacje dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny (co wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Odwołującemu nie został jednak udostępniony w ogóle dokument wyjaśnień rażąco niskiej ceny ani jakikolwiek fragment utajnionych załączników do tych wyjaśnień, co również samo w sobie stanowi naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 PZP, ponieważ zastrzeżeniu mogą podlegać informacje, a nie całe dokumenty;

9.22.3. po trzecie - z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wynika, że zastrzeżenie zostało dokonane nieskutecznie, ponieważ Wykonawca TSS nie wykazał, że zastrzegane informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą; można odnieść wrażenie, że Zamawiający nie analizował skuteczności zastrzeżenia, przyjął bierną postawę w tym zakresie i postanowił respektować zastrzeżenie Wykonawcy TSS tak, jak zostało ono przez tego Wykonawcę dokonane (o ile zostało faktycznie dokonane);

9.22.4. po czwarte - uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu do metodyki kalkulacji ceny jest wewnętrznie sprzeczne: Wykonawca TSS jednocześnie twierdzi, że metodyka ta była wypracowywana przez lata, a jednocześnie, że ma charakter indywidualny; w obu przypadkach wartość gospodarcza zastrzeżenia informacji o metodyce nie została wykazana, ponieważ albo poziom cen stosowany przez TSS już dawno jest możliwy do ustalenia na podstawie wcześniejszych postępowań, albo nie będzie miał odniesienia do innych postępowań w przyszłości i w konsekwencji również nie zagraża interesowi wykonawcy;

9.22.5. po piąte - Wykonawca TSS nie podjął odpowiednich działań w celu zachowania informacji w poufności, ponieważ dane dotyczące poziomu wynagradzania są przez niego ujawniane w publicznie dostępnych rekrutacjach, a w ofercie sam ujawnił informacje o źródłach zaopatrzenia (ujawniając dane podwykonawców).

9.23. Należy również na koniec podkreślić, że działanie Zamawiającego w zakresie badania przesłanek respektowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - o ile w ogóle miało miejsce - jest dalece niekonsekwentne. Dla przykładu - z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wynika, że intencją Wykonawcy TSS było (chyba) zastrzeżenie treści referencji podwykonawcy (najprawdopodobniej chodzi o referencje Proacta Sp. z o.o.) oraz faktu współpracy Proacta Sp. z o.o. z Simple S.A. oraz Poczta Polska Usługi Cyfrowe Sp. z o.o.

Treść tych referencji została jednak Odwołującemu przez Zamawiającego udostępniona. Skoro tak, to - niezależnie od wszystkich innych argumentów dotyczących nieskuteczności zastrzeżenia - Odwołujący nie widzi podstaw do zastrzegania tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która dotyczy podwykonawcy. Skoro bowiem i tak informacje o podwykonawcy są dla Odwołującego i innych uczestników postępowania dostępne, uzasadnienie dla zastrzegania tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym zakresie - jeśli w ogóle by istniało - upadło w wyniku ujawnienia danych podwykonawcy.

9.24. Przede wszystkim jednak Odwołujący podkreśla ponownie, że treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy Wykonawcy TSS, ze względu na znaczące braki merytoryczne uzasadnienia, nie daje podstaw do ochrony ani treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ani załączników do tych wyjaśnień, ani załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

10. Zarzut nr 10 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę

10.1. Niniejszy zarzut zgłoszony jest jako ewentualny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy TSS wraz z załącznikami i załączników do uzasadnienia zastrzeżenia. W przypadku uwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z załącznikami i załączników do uzasadnienia zastrzeżenia i nakazania unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz oceny ofert oraz dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej toku - udostępnienie Odwołującemu wskazanych wyżej dokumentów - Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie tego zarzutu jako przedwczesnego, i zaznaczenie tego

faktu w uzasadnieniu rozstrzygnięcia.

10.2. W Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający określił, że przy wyborze oferty będzie kierował się kryterium najniższej ceny. W formularzu oferty wykonawcy zobowiązani byli do podania oferowanej łącznej ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia, w tym:

- ceny za świadczenie usług utrzymania przez okres 24 miesięcy (przy czym należało wyszczególnić cenę cały 24 miesięczny okres oraz częściowo za 3 miesięczne wynagrodzenie), Zamawiający wymagał przy tym, aby cena za usługi utrzymania systemu EESSI (RINA) nie mogła stanowić więcej niż 35 % łącznej ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia;
- ceny za łączne wynagrodzenie za 20 000 rbh usług rozwoju i modyfikacji przy czym ilość godzin przyjęta była tylko na potrzeby wyliczenia ceny Formularza Ofertowego, a faktyczna liczba godzin, którą Zamawiający zamówi będzie wynikała z jego przyszłych potrzeb rozwojowych (wynagrodzenie z tytułu usług rozwoju obliczane będzie jako iloczyn zleconych do wykonania roboczogodzin i jednostkowej stawki za roboczogodzinę co wynika z § 10 ust 4 wzoru umowy).

10.3. W postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Trusted Software Solution Comarch Polska eSourcing - oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na niezgodność z art. 63 ustawy Pzp. Asseco Poland ESSEMBLI Billennium Pentacomp

Lp. Składnik oferty oferta kwota, która powinna zostać poprawiona w wyniku usunięcia oczywistej omyłki oferta kwoty po poprawieniu oczywistej omyłki oferta kwota, która powinna zostać poprawiona w wyniku usunięcia oczywistej omyłki

1	Cena oferty brutto (2)+(5)	3 862 247,06 zł	3 862 247,04 zł	6	965
182,50 zł	6 964 182,48 zł	6 223 800,00 zł	6 666 600,00 zł	7	303
248,00 zł	8 794 512,79 zł	8 794 490,32 zł	9 166 792,00 zł	9	225

000,00 zł

2 Cena za świadczenie usług utrzymania w wysokości przez okres 24 miesięcy

(3)*8 1 108 447,06 zł

1 328 400,00 zł
3 074 090,32 zł

1 108 447,04 zł
1 771 200,00 zł
3 206 792,00 zł

2 414 182,50 zł

2 457 048,00 zł

3 198 000,00 zł

2 414 182,48 zł

3 074 090,29 zł

3 3 miesięczne wynagrodzenie za świadczenie usług utrzymania 138 555,88 zł 138

555,88 zł 301 772,81 zł 301 772,81 zł 221 400,00 zł 221 400,00 zł 307 131,00 zł 384

261,29 zł 384 261,29 zł 400 849,00 zł 399 750,00 zł

4	Łączne wynagrodzenie brutto za usługi rozwoju (5)*20 000	2	753	800,00	zł
	2 753 800,00 zł	4	551	000,00	zł
	4 895 400,00 zł	4	550	000,00	zł
	4 846 200,00 zł	5	720	422,50	zł
	5 960 000,00 zł	5	720	400,00	zł
	6 027 000,00 zł				

5

Cena za roboczogodzinę 137,69 zł

244,77 zł 244,77 zł 242,31 zł

137,69 zł 227,50 zł

286,02 286,02 298,00 zł

227,50 zł

301,35 zł

10.4. Jak widać wyraźnie z zestawienia złożonych ofert, zaoferowana przez Wykonawcę TSS cena rażąco odbiega cen zaoferowanych przez wszystkich pozostałych wykonawców.

10.5. Średnia cena pozostałych ofert za kwartalne utrzymanie systemu wyniosła 335

860,68 zł., tymczasem Wykonawca TSS zaoferował za kwartalne utrzymanie systemu cenę 138 555,88 zł., co stanowi 41% wartości średniej.

10.6. W zakresie zmiennego składnika oferty, obejmującego świadczenie usług rozwoju systemu, cena oferty Wykonawcy TSS (2 753 800,00 zł.) jest prawie o połowę niższa od oferty wykonawcy eSourcing (4 895 400,00 zł.) czy Comarch (4 550 000,00 zł.), podobnie Asseco (4 846 200,00 zł.), nie mówiąc już o ofertach Essembli (5 720 400,00 zł.), Billenium (5 960 000,00 zł) i Pentacomp (6 027 000,00 zł.).

10.7. Także zaoferowana przez TSS stawka za roboczogodzinę w sposób ewidentny i rażąco odbiega od faktycznych stawek rynkowych. Już na pierwszy rzut oka widać tę rażącą (i zdaniem Odwołującego, niedającą się wyjaśnić) rozbieżność. Stawka TSS stanowi 60% najniższej stawki zaproponowanej przez pozostałych wykonawców. Jak widać wyraźnie w zestawieniu ofert, żaden inny wykonawca nie zaoferował stawki za roboczogodzinę niższej

niż 227,50 zł., podczas gdy cena zaoferowana przez Wykonawcę TSS to 137,69 zł.

10.8. Słusznie zatem Zamawiający wezwał TSS do wyjaśnienia tak rażąco niskiej ceny, gdyż tak duża dysproporcja stwarza domniemanie braku możliwości realizacji zamówienia. Dysproporcja jest wyraźna również w odniesieniu do przewidzianego przez Zamawiającego budżetu na realizację zamówienia - 10 mln zł. Jak wskazano w pkt. 3 protokołu postępowania: „Wartość zamówienia 8 130 081,30 zł, co stanowi równowartość 1 825

507,75 euro. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 30.11.2021 r. na podstawie przeprowadzonego za pomocą platformy eZamawiający badania rynkowego z uwzględnieniem konsultacji przeprowadzonych przed przeprowadzeniem szacowania. Następnie w wyniku potwierdzania wartości szacunkowej w dniu 03.03.2022 r. w ramach korespondencji elektronicznej z podmiotami biorącymi udział w w/w badaniu rynkowym, w trakcie analizy szacunkowych wycen ustalono, że stawki za świadczenie omawianych usług zwiększyły się i przewiduje się, że w kolejnych miesiącach tendencją tą będzie wzrostowa. Biorąc pod uwagę zmianę szacunków oraz pogłębiającą się inflację a także okres realizacji usługi, szacowana wartość zamówienia wzrosła o kwotę 2 000 000,00 zł (brutto) gdzie

łączna wartość zamówienia wynosi 10 000 000 zł (brutto). Ponadto zgodnie z przekazanymi informacjami zmieniły się proporcje pomiędzy wyceną usługi utrzymania i usługi rozwoju, które wpłynęły na podział zabezpieczenia środków pomiędzy planem inwestycyjnym a planem finansowym." Ze względu na spełnienie się obu przesłanek ustawowych do wystosowania wezwania do wyjaśnienia elementów ceny, na Wykonawcy TSS ciążył obowiązek obalenia wynikającego z ustawy PZP domniemania, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Obowiązki temu Wykonawca TSS nie sprostął (co zresztą przy zaoferowanym poziomie cen nie było w ocenie Odwołującego możliwe), a co Odwołujący

wykaże w dalszej części odwołania.

10.9. Należy podkreślić, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, działają na tym samym rynku informatycznym w Polsce i pozyskują specjalistów IT o podobnych kompetencjach, zatrudniają ich w tych samych lokalizacjach (miastach) i ponoszą zbliżone koszty pracy. Wykonawca TSS działa w dokładnie takim samym otoczeniu biznesowym jak pozostali wykonawcy. Jak wynika z zawartych na stronie internetowej Wykonawcy TSS informacji, siedziba firmy tylko na potrzeby KRS znajduje się w miejscowości Tęgoborze. Faktyczna siedziba firmy znajduje się w Warszawie: „Babka Tower Aleja Jana Pawła II 80 / 12A, 3. Piętro 00-175 Warszawa”. Wykonawca TSS pozyskuje zatem pracowników do lokalizacji warszawskiej i nie może się powoływać na żadne nadzwyczajne okoliczności obniżające jej koszty działalności, związane z posiadaniem adresu w miejscowości Tęgoborze. Dowodem na to jest treść strony internetowej firmy TSS, na której prezentowane są oferty pracy do lokalizacji w Warszawie (lub pracy zdalnej - o czym dalej).

Dowód: Załącznik nr 7 do odwołania - wydruk informacji z zakładki „Kontakt” ze strony internetowej Wykonawcy TSS ()

10.10. Wykonawca TSS nie może się powoływać także na żadne nadzwyczajne okoliczności obniżające koszty w związku z wykonywaniem przez pracowników TSS zadań w formie zdalnej. Jest to bowiem normalna praktyka na rynku IT. Wszyscy wykonawcy współpracują ze swoimi pracownikami na takich zasadach. Nie jest to w związku z tym żadna nadzwyczajna okoliczność, która mogłaby uzasadnić nierealistycznie zaniżoną stawkę za roboczegodzinę.

10.11. Nie może być uzasadnieniem tak niskiej stawki również fakt, że Wykonawca TSS zatrudnia swoich pracowników na kontraktach typu „Business to Business” (B2B), jest to bowiem również powszechna praktyka wszystkich firm na rynku i każdy wykonawca w takim samym stopniu uwzględnia koszty tak zatrudnionych osób w swoich cenach ofertowych. Co więcej, specyfika rynku IT, polegająca na braku na rynku odpowiedniej liczby specjalistów, powoduje, że pracownicy zatrudniani na kontraktach typu B2B również oczekują, aby w zawieranych z nimi umowach uwzględniać odpowiednie dni wolne od pracy (będące ekwiwalentem przysługującego z mocy prawa urlopu w przypadku umów o pracę). Wykonawca, dokonując kalkulacji stawki ofertowej, powinien zatem także uwzględnić taki ekwiwalent w przypadku umów typu B2B. Wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę TSS stawki wskazuje na to, że niemożliwym jest, aby Wykonawca TSS taki ekwiwalent uwzględnił w swojej wycenie (a tym samym brak zapewne takiej informacji w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny).

10.12. Podobnie w kalkulacji stawki ofertowej winno się uwzględnić nieefektywność czasu pracy poświęcanego na takie czynności jak szkolenia, prace związane z procesami sprzedażowymi i inne nieefektywności. Powoduje to, że średnia miesięczna liczba roboczegodzin, którą można zafakturować do klienta końcowego, a w konsekwencji - które należy uwzględnić przy kalkulacji stawki ofertowej - jest niższa, niż wynikająca z prostego iloczynu liczby dni roboczych przez liczbę godzin. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że kalkulacja ta przedstawia się następująco:

Lp. Efektywna liczba roboczegodzin pracy pracownika

1 Liczba dni roboczych w roku (dla roku 2022) 251,00

2 Liczba dni wolnych, które winno się uwzględnić jako ekwiwalent urlopu dla umowy o pracę 26,00

3 Liczba innych dni nieproduktywnych, które pracownik w ciągu roku wykorzysta na czynności nie podlegające fakturowaniu (szkolenia, zadania wewnętrzne organizacji,

udział w procesach sprzedażowych, przygotowywanie środowiska pracy, etc) kalkulowana jako narzut 15% czasu pracy [(1)*15%] 37,65

4 Liczba efektywnych dni roboczych, w czasie których pracownik może wykonywać zadania podlegające fakturowaniu do klienta [(1)-(2)-(3)] 187,35

5 Liczba godzin roboczych w ciągu dnia 8,00

6 Liczba efektywnych roboczogodzin rocznie [(4)*(5)] 1498,80

7 Liczba efektywnych roboczogodzin miesięcznie [(6)/12] 124,90

10.13. Kalkulacja ta ma istotne znaczenie, które Odwołujący wykaże w kontekście informacji podawanej przez Wykonawcę TSS publicznie o oferowanych pracownikom stawkach.

Na swojej stronie internetowej Wykonawca TSS zamieszcza bowiem oferty pracy dla takich specjalistów jak:

- Fullstack Developer (Java + React/Angular)
- Mid / Senior Front-end Developer
- Mid / Senior Java Developer
- Tester Oprogramowania (Manualny / Automatyczny)

Nie ulega wątpliwości, że w kontekście opisu przedmiotu zamówienia (pomimo iż Zamawiający nie wyspecyfikował w SWZ wymagań co do zespołu realizującego prace w projekcie), to właśnie co najmniej tego typu specjaliści (zarówno pod względem kompetencji technologicznych, jak i merytorycznych) będą wymaganymi członkami zespołu realizacyjnego.

Jak wynika z danych dostępnych publicznie na stronie internetowej Wykonawcy TSS, oferowane pracownikom w tych profilach stawki wynoszą jak w poniższej tabeli:

Oferty pracy TSS	Minimalna proponowana stawka	Maksymalna proponowana stawka
Średnia	Średnia stawka za efektywną rbh	

Fullstack Developer (Java + React/Angular)	12 000,00 zł	24 000,00 zł	18 000,00 zł	144,12 zł
--	--------------	--------------	--------------	-----------

Mid / Senior Front-end Developer	12 000,00 zł	24 000,00 zł	18 000,00 zł	144,12 zł
----------------------------------	--------------	--------------	--------------	-----------

Mid / Senior Java Developer	14 000,00 zł	26 000,00 zł	20 000,00 zł	160,13 zł
-----------------------------	--------------	--------------	--------------	-----------

Tester Oprogramowania (Manualny / Automatyczny)	11 000,00 zł	17 000,00 zł	14 000,00 zł	112,09 zł
---	--------------	--------------	--------------	-----------

10.14. W załączeniu do niniejszego odwołania Odwołujący przedkłada wydruki z powołanej strony internetowej i wnosi o przeprowadzenie dowodu z załączonych do niniejszego postępowania wydruków ze strony internetowej Wykonawcy TSS na okoliczność posiadania przez Wykonawcę TSS biura w Warszawie, prowadzenia przez Wykonawcę TSS rekrutacji do lokalizacji w Warszawie i oferowania stawek jak w ww. zestawieniu. Powyższe dane wyraźnie wskazują na to, że przyjmując obliczoną wcześniej liczbę efektywnie możliwych do zafakturowania roboczogodzin, dla poszczególnych profili pracowników stawka godzinowa

pokrywająca wyłącznie koszty pracy wynosić może od 112,09 zł. za rbh do 160,13 zł. za rbh. Zestawiając powyższe dane z zaoferowaną przez TSS stawką brutto 137,69 zł. (czyli netto 111,94 zł.) za rbh oczywistym jest, że nie jest możliwe wykonanie w tej cenie przedmiotu zamówienia, pokrywając jednocześnie koszty pracy zespołu (który składać się musi przede wszystkim z programistów kosztujących od 140 do 160 zł. za rbh) oraz dodatkowo następujących kosztów:

- kosztów zarządzania projektem i narzutu kosztów ogólnego zarządu,
- narzutu kosztów marketingu i sprzedaży,
- narzutu kosztów związanych z zapewnieniem miejsca pracy i infrastruktury teleinformatycznej i telekomunikacyjnej,
- kosztów biura w lokalizacji w Warszawie,
- kosztów związanych ze specyficznymi wymaganiami wynikającymi z OPZ (obsługa zgłoszeń w trybie 24x7, koszty okresu przejściowego, koszty pracy w dni wolne, koszty zapewnienia środowiska deweloperskiego - o których dalej),
- zysku firmy.

Należy bowiem podkreślić, że zaoferowana przez Wykonawcę TSS stawka 137,69 zł. jest stawką brutto, zatem zawiera 23% podatek VAT. Stawka netto w ofercie Wykonawcy TSS wynosi zatem 111,94 zł. i nie jest w stanie pokryć nawet kosztów pracy pracowników.

Dowód: Załącznik nr 8 do odwołania - wydruki ze strony internetowej Wykonawcy TSS, zawierające oferty pracy

10.15. Być może Wykonawca TSS sporządzając kalkulację ceny popełnił rażący błąd, uwzględniając przy obliczeniach stawkę wynikającą jedynie z umów z pracownikami i bez uwzględnienia jakichkolwiek innych kosztów. Niewątpliwie byłby to błąd skutkujący odrzuceniem oferty Wykonawcy TSS. Jest to bowiem „podręcznikowy” przykład rażąco niskiej ceny, nieuwzględniającej wszystkich kosztów realizacji zamówienia. Możliwe jest także, że Wykonawca TSS próbując wytłumaczyć się z tak niskiej stawki przedstawił jakieś obliczenia, które miałyby tak niską stawkę uzasadniać. Jednak prosta kalkulacja przedstawiona powyżej dowodzi, że jakiegokolwiek by one nie były, muszą być wadliwe.

10.16. Z informacji przekazanej przez Zamawiającego w dniu 5 września 2022 r. wynika, że Wykonawca TSS załączył do wyjaśnień rażąco niskiej ceny załączniki - jak należy domniemywać, mające stanowić dowody na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Odwołujący nie otrzymał dostępu do tych załączników (poza raportem Hays, portfolio oraz uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy). Z udostępnionych Odwołującemu załączników nie wynika jednakże nic, co mogłoby stanowić jakiegokolwiek uzasadnienie dla zastosowania wskazanych w ofercie Wykonawcy TSS stawek. W szczególności raport Hays zawiera ogólne informacje na temat wynagrodzeń i z pewnością nie może być traktowany jako nadrzędny nad informacjami o wynagrodzeniach stosowanych przez samego Wykonawcę TSS. Co do pozostałych załączników - Odwołujący nie posiada dostępu do ich treści, nie może zatem sformułować merytorycznych zarzutów, jednak niezależnie od ich treści kwestionuje je jako niewystarczające. Niemożliwym jest bowiem wykazanie za ich pomocą tak niskiej stawki inaczej, niż w sposób manipulacyjny przedstawianie nieadekwatnego składu zespołu w celu zaniżenia prezentowanego w wyjaśnieniach składowa kosztów wynagrodzeń.

10.17. Wykonawca TSS prawdopodobnie nie uwzględnił w swoich kalkulacjach kosztów wynagrodzeń w adekwatnej wysokości, zaniżając wynagrodzenie zespołu realizującego i nie uwzględniając w adekwatnej wysokości lub wcale wszystkich elementów niezbędnych w kalkulacji takich jak absencje, urlopy, czas szkoleń i inne nieefektywności wykorzystania czasu pracy, na które należy zakładać odpowiednie rezerwy. Oprócz okoliczności, że oferowana przez Wykonawcę TSS stawka za roboczogodzinę jest niższa niż faktyczne koszty zatrudnienia, należy także zwrócić uwagę, że tak niska stawka nie jest w stanie uwzględnić pozostałych kosztów realizacji usługi, w tym kosztów wynikających z wymagań SIWZ - np. koszty gwarancji, koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego, koszty zdalnego

dostępu, koszty ponoszone w ramach okresu przejściowego, koszty zarządzania projektem, koszty administracyjne i biurowe (obejmujące koszty mediów, podatku od nieruchomości,

koszty najmu powierzchni biurowej), koszty zapewnienia i obsługi miejsca pracy, koszty infrastruktury deweloperskiej.

10.18. Powyższe koszty winny zostać skalkulowane zarówno w odniesieniu do usługi utrzymania, jak i usługi rozwoju (przez odniesienie ich w formie odpowiednich narzutów na stawkę za roboczogodzinę). Odwołujący omówi poniżej szczegółowo poszczególne kategorie kosztów, które TSS winien był uwzględnić w swojej ofercie i wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny:

10.18.1. Koszty ogólnego zarządu oraz koszty administracyjne i biurowe (obejmujące koszty mediów, podatku od nieruchomości, koszty najmu powierzchni biurowej), koszty zapewnienia i obsługi miejsca pracy (źródło: wymagania w SWZ, Rozdział XV pkt 2): „Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w niniejszej Specyfikacji. Cena winna obejmować w szczególności koszty prac związanych z przygotowaniem do realizacji usługi, zabezpieczenie kosztów dotyczących materiałów niezbędnych do świadczenia usługi, wyposażenia stanowisk pracy osób realizujących usługę, koszty związane z ubezpieczeniami, zakładane marże, koszt ryzyk pojawiających się podczas realizacji zamówienia jakie na obecnym etapie postępowania mogą być zidentyfikowane.”

10.18.1.1. Nie ulega wątpliwości, że każdy podmiot sporządzający oferty w przetargach publicznych, jak również realizujący projekty, ponosi szereg kosztów ogólnych związanych z zarządzaniem przedsiębiorstwem jak i uczestnictwem w projektach (koszty administracyjno-biurowe, wynagrodzenie członków organów spółki, wynagrodzenie kierowników projektów), czy też koszty ewentualnego uczestnictwa w postępowaniach np. przed sądami powszechnymi czy Krajową Izbą Odwoławczą. Koszty te obejmują również ponoszone przez przedsiębiorcę wydatki na utrzymanie biura (w przypadku Wykonawcy TSS - w Warszawie), zakupu mediów, meblowania biura, zabezpieczenia materiałów biurowych czy sprzętu komputerowego do pracy zarówno dla pracowników bezpośrednio „produkcyjnych”, jak i dla całej obsługi administracyjnej firmy. W przypadku wielu przedsiębiorstw do kosztów tych zaliczają się także koszty zewnętrzne obsługi prawnej, księgowej czy kadrowej. Kosztów tej kategorii nie da się uniknąć. Nie sposób ich także pominąć przy kalkulacji stawek ofertowych, w przeciwnym przypadku działalność przedsiębiorcy byłaby nierentowna, a samo złożenie takiej oferty bez uwzględnienia tychże kosztów byłoby czynem nieuczciwej konkurencji.

10.18.1.2. Co do zasady w praktyce działalności przedsiębiorstw odniesienie tych kategorii kosztów na stawkę ofertową może odbywać się poprzez ich doliczenie do stawki za roboczodzień w formie narzutu, proporcjonalnie do ich wysokości i do liczby roboczodni fakturowanych do klienta końcowego. Bywa też stosowana metoda, według której przedsiębiorcy dokonują w systemie księgowym alokacji wszystkich lub niektórych kategorii powyższych kosztów do tzw. „miejsc powstawania kosztów” lub „centrów kosztów”, które jednocześnie odpowiedzialne są za realizację konkretnych projektów i w ten sposób identyfikują w jakiej wysokości koszty te powinny znaleźć odniesienie w ofercie do klienta.

10.18.1.3. Tak czy inaczej, niezbędnym jest, aby w każdym przypadku badania rażąco niskiej ceny wykonawca, który sporządza wyjaśnienia, wykazał, w jaki sposób i w jakiej wysokości koszty te zostały w ofercie ujęte. Zdaniem Odwołującego niemożliwe jest, aby Wykonawca TSS w swojej wycenie i swoich wyjaśnieniach uwzględnił powyższe koszty w sposób prawidłowy.

10.18.2. Koszty sprzedaży i marketingu (źródło: wymagania w SWZ „Rozdział XIII pkt 11): „Wszystkie koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu, w szczególności z przygotowaniem i złożeniem ofert ponosi Wykonawca składający ofertę. Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu.”

10.18.2.1. Każdy podmiot prowadzący działania sprzedażowe i marketingowe ponosi z tego tytułu koszty. Przykładowo chodzi przygotowanie materiałów, zapewnienie narzędzi sprzedaży, czy utrzymanie strony internetowej. Kosztem tego rodzaju jest również wynagrodzenie pracowników obsługujących proces sprzedażowy czy koszt poręczenia wadialnego. Spółka TSS jako uczestnik procesu sprzedażowego w niniejszym postępowaniu ponosił i ponosi różnego rodzaju koszty. Nawet jeżeli są one niewielkie, to TSS winno w sposób jednoznaczny wskazać w jakiej wysokości i w jaki sposób zostały one ujęte w cenie wykonania zamówienia (np. poprzez narzut na stawkę za roboczogodzinę).

10.18.3. Koszty zarządzania projektem, analizy i wyceny zleceń (źródło: wymagania w

SWZ, Wzór umowy § 5 ust. 4): „Każde zlecenie usługi rozwoju i modyfikacji będzie wymagało sformalizowanego obiegów polegającego na zgłoszeniu przez Zamawiającego potrzeby, następnie Wykonawca dokona analizy i wyceny zmiany, po czym przedłoży do akceptacji Zamawiającemu, dalsze kroki przebiegają zgodnie z procedurą opisaną w Załączniku 1b.”

10.18.3.1. W przypadku usług rozwoju każdorazowe zlecenie przez Zamawiającego usługi będzie wymagało przeprowadzenia procesu analizy i szacowania pracochłonności zlecenia. Koszty wykonania tej analizy i wyceny nie będą pokrywane przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią wzoru umowy § 6 ust. 2 liczba roboczogodzin będzie rozliczana na

podstawie zaakceptowanej wyceny wraz z harmonogramem oraz zrealizowanych i

odebranych prac rozwojowych. Umowa wyraźnie wskazuje zatem, że przedmiotem fakturowania do Zamawiającego będą prace rozwojowe, a nie analiza i wycena sporządzana przez Wykonawcę. Zgodnie bowiem z treścią procedury obsługi zleceń i modyfikacji zawartej w załączniku 1b do SWZ przedmiotem wyceny jest koszt realizacji zlecenia, a nie jego analiza, a harmonogram prac obejmuje wyłącznie realizację zlecenia, a nie jego wycenę.

10.18.3.2. W związku z powyższym, wykonawca będzie ponosił pewne koszty prac analitycznych i wyceniania zleceń, które nie będą mogły zostać zafakturowane w roboczościach. Aby koszt ten został w sposób właściwy uwzględniony w stawce ofertowej, wykonawca bazując na swojej wiedzy i doświadczeniu, powinien, na podstawie analizy SWZ, oszacować potencjalny koszt tych prac w odniesieniu do usługi rozwoju, ustalić odpowiednie rezerwy związane z ryzykiem specyficznym dla tej kategorii kosztów, a następnie te szacunkowe koszty i rezerwy odnieść na stawkę za roboczogodzinę lub roboczodzień prezentowaną do oferty.

10.18.3.3. Należy również zauważyć, że ta kategoria kosztu występuje wyłącznie w

przypadku usługi rozwoju, zatem powinna zostać odniesiona na stawkę ofertową w tejże usłudze rozwoju, a nie w usłudze utrzymania. W przeciwnym wypadku Zamawiający nie zamawiając nawet jednej roboczogodziny (w ramach usług rozwoju) byłby zmuszony w ramach usługi utrzymania do poniesienia kosztów, które nie wystąpiły.

10.18.3.4. Reasumując, koszty sporządzania analiz i wycen dla zleceń modyfikacji i rozwoju winny być explicite wyliczone przez wykonawcę i ujęte w stawce ofertowej za

roboczogodzinę usługi rozwoju Brak ich ujęcia w ten sposób jest błędem. Zdaniem odwołującego TSS nie uwzględnił tych kosztów w sposób prawidłowy i nie wyjaśnił w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w sposób poprawny tego elementu kosztów.

10.18.4. Koszty zapewnienia gwarancji (źródło: wymagania w SWZ, Wzór umowy § 5 ust. 6): „Wykonawca udziela Zamawiającemu na naprawioną, zmienioną lub dostosowaną część Oprogramowania, gwarancji na okres 12 miesięcy” oraz § 6 ust 5 „Wykonawca udziela Zamawiającemu na każdorazowy przedmiot usług rozwoju i modyfikacji, gwarancji na okres 12 miesięcy, niezależnie od czasu obowiązywania niniejszej Umowy”.

10.18.4.1. Z zapisów wzoru umowy w § 5 ust. 6 oraz § 6 ust 5 wynika, że każda modyfikacja czy poprawka systemu wykonana przez wykonawcę podlegać będzie 12 miesięcznej gwarancji. Świadczenie z tytułu tej 12 miesięcznej gwarancji stanowi koszt, który wykonawca powinien wycenić w drodze odrębnego oszacowania zarówno dla usług utrzymania, jak i odrębnie dla usług rozwoju.

10.18.4.2. Konieczność odrębnego oszacowania kosztów gwarancji dla usług utrzymania i usług rozwoju wynika z faktu, że koszty gwarancji w przypadku usług rozwoju będą proporcjonalne do rozmiaru wykonanych modyfikacji, zatem mogą zaistnieć tylko wówczas, jeśli jakiegokolwiek modyfikacje zostaną w ogóle zlecone. Koszty gwarancji w zakresie usług modyfikacji powinny zatem zostać oszacowane odrębnie, a następnie odniesione poprzez narzut na stawkę za roboczogodzinę.

10.18.4.3. W przypadku usług utrzymania koszty 12 miesięcznej gwarancji powinny zostać uwzględnione jako dodatkowy element kalkulacji stawki ryczałtowej za usługi utrzymania. Brak ujęcia tych kosztów w wycenie jest błędem, który winien skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy TSS.

10.18.5. Koszty ponoszone w okresie przejściowym (źródło: wymagania w SWZ: § 1a wzoru umowy, w szczególności ust. 3 (bezpłatność okresu przejściowego), ust. 5 (lista czynności)).

10.18.5.1. Zgodnie z treścią § 1a wzoru umowy Zamawiający przewidział trzymiesięczny okres przejściowy. Okres ten zgodnie z § 1a ust. 3 jak również treścią § 10 ust. 3 jest bezpłatny. Jednocześnie w okresie przejściowym Wykonawca zobowiązany będzie (zgodnie z § 1a ust. 5 wzoru umowy) do wykonania szeregu czynności:

- zapoznania się z infrastrukturą projektu,
- zapoznania się z dokumentacją,
- weryfikacji kompletności dokumentacji,
- weryfikacji listy znanych otwartych zagadnień oraz listy zmian wprowadzonych w ostatnim czasie,
- wytworzenie ew. brakującej dokumentacji i procedur,
- zestawienie dostępu do środowisk i weryfikacja możliwości logowania,
- zapoznanie się z kodem źródłowym i weryfikacja dostępu do repozytorium,
- weryfikacji możliwości kompilacji kodów źródłowych,
- weryfikacji kompletności kodów źródłowych,
- opracowanie ew. metody wydawania wersji aplikacji,
- przeprowadzenie sprawdzenia możliwości korzystania z systemu obsługi zgłoszeń,
- ustalenie zasad komunikacji między stronami,
- przygotowanie własnych środowisk testowych i deweloperskich wykonawcy,
- kompletne przetestowanie aplikacji na środowiskach własnych wykonawcy,
- uzyskanie niezbędnych dostępuów integracyjnych w ramach środowisk własnych wykonawcy,
- przeprowadzenie testowego odtworzenia kopii zapasowej,
- opracowanie i uzgodnienie szczegółowych procedur,
- weryfikacji kompetencji osób skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie gotowości do wprowadzania poprawek lub modyfikacji systemu EESSI RINA.

10.18.5.2. Każda z tych czynności wiąże się z określoną pracochłonnością, która winna zostać przez wykonawcę wyceniona w procesie szacowania ceny ofertowej. Także OPZ str. 6 rozdział 1 pkt 1: wskazuje: „1 Szczegółowy zakres usług utrzymania systemu EESSI RINA 1) Pierwszym krokiem będzie inwentaryzacja przejmowanego systemu (dokumentacja, kody, etc.)” - jest to krok pracochłonny, wymagający wiedzy i doświadczenia, skrupulatności, a jednocześnie niezbędny do podjęcia po zakończeniu okresu przejściowego realizacji usług utrzymania na zakładanym poziomie.

10.18.5.3. Jednocześnie zgodnie z postanowieniami § 1a ust. 8 wykonawca w okresie przejściowym powinien podejmować czynności związane z utrzymaniem systemu, wprowadzić w zliberalizowanym (zgodnie z § 1a ust. 6) reżimie, niemniej mające na celu minimalizację ryzyka zakłóceń dla Zamawiającego. Co oczywiste, takie czynności będą również związane z określonymi kosztami po stronie wykonawcy.

10.18.5.4. Istnieje zatem szereg prac, które przez okres 3 miesięcy będzie musiał wykonywać zespół projektowy, przygotowując się do pełnoprawnego świadczenia usług utrzymania po zakończeniu okresu przejściowego. Zdaniem Odwołującego minimalne zaangażowanie, niezbędne do przygotowania się do realizacji usług utrzymania, winno wynosić w okresie przejściowym trzy etaty pracowników zaangażowanych przez trzy miesiące w pełnym wymiarze tj. 1512 roboczogodzin. Jeśli do takiego oszacowania przyjąć (zaniżoną zresztą zdaniem Odwołującego) stawkę za roboczogodzinę podaną w ofercie Wykonawcy TSS, to otrzymamy kwotę 208 187,28 zł. brutto.

10.18.5.5. Tymczasem Wykonawca TSS za całą (!) usługę utrzymania w 24 miesięcznym okresie zaoferował 1 108 447,06 zł. brutto. Możliwości są zatem trzy:

- albo Wykonawca TSS rzetelnie skalkulował koszty okresu przejściowego i uwzględnił je w wycenie usługi utrzymania, jednakże wtedy po odjęciu tychże kosztów wycena usługi utrzymania odpowiadałaby kwocie 900 259,78zł brutto, czyli 37 510,82 zł. miesięcznie. W konsekwencji - gdyby do obliczeń użyć zaniżonej stawki za roboczogodzinę z oferty Wykonawcy TSS - Wykonawca ten zamierzałby świadczyć usługę utrzymania przy wykorzystaniu 1,62 etatu, co byłoby dalece niewystarczające do świadczenia usług w reżimie 24/7/365. Taki sposób kalkulacji wskazywałby zatem na popełnienie przez Wykonawcę TSS błędu w kalkulacji i zaoferowanie ceny rażąco niskiej;
- albo Wykonawca TSS uwzględnił w swoich kalkulacjach koszty okresu przejściowego, jednak w kwocie zaniżonej, nieadekwatnej do faktycznych czynności niezbędnych do wykonania zgodnie z SWZ i koniecznych dla zapoznania się z systemem co powoduje, że cena TSS jest jednak rażąco niska, gdyż nie daje rękąmi rzetelnego wykonania zamówienia (nie sposób przyjąć, że w sytuacji, kiedy wykonawca jedynie pobieżnie zapozna się z systemem w okresie przejściowym, to będzie skutecznie mógł świadczyć w okresie późniejszym usługi utrzymania zgodnie z wymaganiami SWZ);
- albo Wykonawca TSS nie uwzględnił w swoich kalkulacjach w ogóle kosztu okresu przejściowego, a zatem również popełnił błąd, nie uwzględniając wszystkich kosztów realizacji usługi zgodnie z SWZ.

10.18.6. Koszty budowy i późniejszego utrzymania środowisk testowych (źródło: wymaganie SWZ: § 1a wzoru umowy ust. 5): „• przygotowanie własnych środowisk testowych i deweloperskich wykonawcy, • kompletne przetestowanie aplikacji na środowiskach własnych wykonawcy, • uzyskanie niezbędnych dostępuów integracyjnych w ramach środowisk własnych wykonawcy,”

10.18.6.1. Na szczególną uwagę zasługują wymienione w zakresie prac okresu przejściowego zagadnienia związane z budową i utrzymaniem środowisk testowych. Z przytoczonych powyżej zapisów wzoru umowy wynika, że Wykonawca powinien zbudować, a następnie przez cały okres świadczenia usług utrzymywać odpowiednie środowiska testowe. Koszty te powinny zostać uwzględnione w ramach okresu przejściowego (budowa), a także późniejszego świadczenia usług (utrzymanie).

10.18.6.2. Niezależnie od technologii, którą Wykonawca przyjmie do budowy takich środowisk (własne serwery, zakup własnych licencji, wykorzystanie i amortyzowanie już posiadanej infrastruktury sprzętowo programowej, chmura obliczeniowa) to każde podejście będzie się wiązało z określonymi kosztami. Koszty te powinny zostać zidentyfikowane, oszacowane, uwzględnione w wycenie a następnie wyjaśnione w sposób jednoznaczny w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

10.18.7. Koszty budowy i zapewnienia środowiska deweloperskiego (źródło: SWZ: § 3

wzoru umowy ust. 5): „Wykonawca zobowiązany jest do: 7) zapewnienia środowiska

deweloperskiego; (...) 9) Wykonawca jest zobowiązany zapewnić wszelkie narzędzia, w tym oprogramowanie i inne zasoby potrzebne mu do realizacji Umowy. W szczególności - o ile

Umowa nie stanowi inaczej - wszelkie prace związane z konfiguracją lub opracowaniem."

10.18.7.1. Odrębną kategorią środowisk, do zapewnienia których zobowiązany będzie wykonawca, jest środowisko deweloperskie. Wykonawca winien zatem zapewnić odpowiednie środowisko i wycenić jego utrzymanie, a następnie uwzględnić koszty stworzenia i utrzymania tego środowiska w cenie oferty.

10.18.8. Koszty realizacji prac w trybie 24/7/365 (wymaganie SWZ: OPZ rozdział 2 pkt 2 ust. 1): Zgłoszenia usług utrzymania będą przekazywane i zatwierdzane do dalszej obsługi w trybie 24/7/365 przez Koordynatora Umowy Zamawiającego lub upoważnioną przez niego osobę."

10.18.8.1. Zapewnienie świadczenia usług utrzymania w reżimie 24/7/365 jest jednym z wymagań SWZ. Zamawiający wprost w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zapytał o to w jaki sposób Wykonawca TSS skalkulował koszt świadczenia usług utrzymania w tym reżimie SLA. Zdaniem Odwołującego TSS jakkolwiek nie wyjaśniłby tego zagadnienia, to muszą to być wyjaśnienia pozorne i niepoparte dowodami, a wszelkie wyliczenia przedstawione ewentualnie przez Wykonawcę TSS należy uznać za błędne. Nie ma bowiem możliwości, aby w cenie zaoferowanej przez Wykonawcę TSS i przy stawkach rynkowych, oferowanych pracownikom na konkurencyjnym rynku IT, zapewnić pracę na trzy zmiany z obsługą w dni wolne, niedziele i święta.

10.18.8.2. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dość dogłębnie przeanalizował wyjaśnienia TSS i zaniechał dokładnego zbadania poszczególnych elementów składających się na koszty realizacji usług w takim reżimie SLA.

10.18.8.3. Poza powyższymi kategoriami kosztów, Wykonawca TSS w swojej cenie ofertowej powinien również uwzględnić zysk. Kategoria ta powinna zostać wyodrębniona explicite i wliczona zarówno w stawkę za roboczogodzinę, jak i cenę usług utrzymania.

10.19. Na koniec należy odnieść się do skalkulowanej przez Wykonawcę TSS ceny za usługę utrzymania. Jej koszt kwartalny został skalkulowany przez TSS na 138 555,88 zł. brutto, co daje 46 185,29 zł. brutto miesięcznie. Odliczając podatek VAT, daje to kwotę w wysokości 37 549,02 zł. netto miesięcznie. Za tę kwotę Wykonawca TSS zamierza pokryć koszty kilkusobowego zespołu pracującego w trybie ciągłym 24/7/365 oraz wszelkie inne koszty infrastruktury, utrzymania firmy, a także osiągnąć zysk. Widać wyraźnie, że jest to niemożliwe do osiągnięcia. Po pierwsze zakres usług opisany w OPZ, jak również postawione wymaganie, aby usługi świadczone były w trybie 24/7/365, implikuje konieczność zatrudnienia do realizacji usług utrzymania zespołu co najmniej kilku osób. Samo pokrycie

doby etatami wymaga przydzielenia do pracy nad projektem co najmniej trzech

pracowników. Zakres usług opisany w OPZ i czasy SLA powoduje jednocześnie, że osoby te będą stale obłożone pracą.

10.20. Przedmiotem usługi utrzymania środowiska RINA nie jest bowiem jedynie obsługa zgłoszeń błędów (dla których czas reakcji w przypadku błędów krytycznych wynosi 1h). Przedmiotem usługi jest szereg czynności wykonywanych stale i niezależnie od dokonywanych przez Zamawiającego zgłoszeń:

- utrzymanie aktualnej dokumentacji Systemu oraz kodu (rozdział 1 pkt 1 ust. 7 OPZ),
- stałe w trybie 24/7/365 monitorowanie stanu (dostępności) systemu EESSI (rozdział 2 pkt 3 ust 5 OPZ),
- utrzymanie ciągłości działania komponentów składowych Systemu, na co składa się monitorowanie aktualizacji wydawanych przez producentów, analiza wpływu zmian na ciągłość działania systemu, przygotowywanie propozycji implementacji i instalowanie udostępnionych przez producentów poprawek (rozdział 3 pkt 1 ust 2 OPZ),
- utrzymanie ciągłości działania systemów operacyjnych serwerów wirtualnych, na których zainstalowane są komponenty składowe Systemu (rozdział 3 pkt 1 ust 3 OPZ), w szczególności:
o instalacja udostępnionych przez Zamawiającego aktualizacji i poprawek do systemów operacyjnych, w cyklu zapewniającym utrzymanie sprawności działania i bezpieczeństwa środowiska;

o usuwanie awarii występujących podczas pracy komponentów, procesów i usług systemów operacyjnych;

o monitorowanie ciągłości pracy systemów operacyjnych serwerów wirtualnych; o monitorowanie obciążenia poszczególnych parametrów wydajnościowych serwera wirtualnego;

o zgłaszanie do Zamawiającego ewentualnych potrzeb zmiany zasobów i konfiguracji maszyn wirtualnych;

o dostosowanie parametrów systemów operacyjnych i zmiennych systemowych do wymogów Systemu,

- instalowanie komponentów składowych Systemu na infrastrukturze Zamawiającego (rozdział 3 pkt 1 ust 4 OPZ),

- zarządzanie logami Systemu (rozdział 3 pkt 1 ust 7 OPZ),

- zarządzanie certyfikatami Systemu (rozdział 3 pkt 1 ust 8 OPZ),

- utrzymywanie aktualności komponentu Systemu - Institution Repository (IR) (rozdział 3 pkt 1 ust 8 OPZ),

- utrzymanie aktualności komponentu Systemu - trustedcerts.JKS - pliku z danymi o certyfikatach wykorzystywanych przez instytucje biorące udział w wymianie danych z pośrednictwem Systemu (rozdział 3 pkt 1 ust 10 OPZ),.

- codzienne uruchamianie narzędzia InitRelatedSetId (rozdział 3 pkt 1 ust 11 OPZ),

- przygotowywanie Zamawiającemu raportów dotyczących przetwarzania przez System danych (rozdział 3 pkt 1 ust 12 OPZ).

10.21. Odwołujący wskazuje, że każda z wyżej wymienionych czynności powinna być skalkulowana w ofercie wykonawcy, a w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych na wezwanie Zamawiającego winno się znaleźć szczegółowe wyliczenie pracochłonności tych czynności i ich odniesienie na cenę usługi utrzymania. Jeżeli Wykonawca TSS nie zawarł w swoich wyjaśnieniach precyzyjnych wyliczeń, które jednocześnie uprawdopodobniają, iż realizacja wymienionych wyżej czynności będzie wykonywana zgodnie z SWZ, to oznacza, że nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови udowodnienia, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

10.22. Nie sposób także uznać, że jakiegokolwiek powołanie się przez Wykonawcę TSS na wyjątkową organizację pracy, czy też jakiegokolwiek niezwykle wyszukane i efektywne metody i narzędzia, może uzasadnić rażąco niską wycenę. Wszyscy oferenci uczestniczący w niniejszym postępowaniu są profesjonalistami i starają się optymalizować swoje koszty wykorzystując wszelkie dostępne metody organizacji pracy czy też narzędzia informatyczne. Każdy z oferentów działając w tym samym środowisku gospodarczym ma dostęp do takich samych produktów np. automatyzujących pracę testerów, czy usprawniających pracę programistów. W związku z tym nie sposób powoływać się na tę okoliczność próbując uzasadnić wyjątkowość i niezwykle efektywność pracy akurat Wykonawcy TSS. Gdyby taka okoliczność istniała, wówczas przedsiębiorstwo Wykonawcy TSS niewątpliwie byłoby niezwykle rentowne, tymczasem sprawozdanie finansowe złożone w KRS za 2020 rok (ostatnie dostępne) wskazuje, że spółka ta na podstawowej swojej działalności ponosiła straty.

Dowód: Załącznik nr 9 do odwołania: sprawozdanie finansowe Wykonawcy TSS za 2020 r.

10.23. Dodatkowo Odwołujący pragnie wskazać, że gdyby w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Wykonawca TSS powoływał się na otrzymaną pomoc publiczną, to w swoich wyjaśnieniach powinien wykazać w jaki sposób, w odniesieniu do których kategorii kosztów, w jakim stopniu udzielona pomoc publiczna przyczyniła się do obniżenia ceny. Wyjaśnienie to powinno zawierać szczegółowe wyliczenie kosztów bez ewentualnego wpływu pomocy publicznej, jak i określenie stopnia wpływu udzielonej pomocy publicznej na tę cenę. Tylko

wtedy bowiem takie wyjaśnienia mogą w sposób wiarygodny służyć ustaleniu, czy cena ofertowa została skalkulowana należycie. Nie można poprzestać na ogólnikowych wyjaśnieniach, lecz koniecznym jest przedstawienie konkretnych i szczegółowych wyliczeń - wszak wpisana w formularzu cenowym kwota jest konkretną, wyliczoną w jakiś sposób, liczbą. Ponadto należy zauważyć, że nie każda pomoc publiczna będzie mogła mieć wpływ na obniżenie ceny ofertowej. Mianowicie dotacje udzielone na realizację konkretnych projektów służą pokryciu kosztów realizacji tych konkretnych projektów i nie mogą być wykorzystywane na inne cele. Element ten Zamawiający winien wziąć pod uwagę badając wiarygodność złożonych przez Wykonawcę TSS wyjaśnień. Wykonawca TSS z kolei, jeśli powoływałby się na udzieloną pomoc publiczną, powinien przedstawić dowody (np. w postaci kopii umów o dofinansowanie) wskazujące na to, że zastosowany do obliczenia ceny ofertowej sposób uwzględnienia tejże pomocy jest prawidłowy i zgodny z prawem.

10.24. Podsumowując należy stwierdzić, że Wykonawca TSS nie mógł w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykazać prawidłowości i rzetelności swojej kalkulacji ceny za robociznogodzinę, w ramach usługi rozwoju, oraz w ramach usługi utrzymania. Ceny te bowiem nie są w stanie pokryć kosztów zatrudnienia pracowników, nie mówiąc już o szeregu dodatkowych kosztów, które wynikają z SWZ. Co więcej, jak wskazano wyżej (w pkt.

10.18.5.5. odwołania), Wykonawca TSS najwyraźniej przeprowadził błędne kalkulacje odnośnie liczby etatów w ramach usługi utrzymania.

10.25. Odwołujący podnosi, iż Wykonawca TSS w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego de facto nie złożył wystarczających wyjaśnień ani wystarczających dowodów na uzasadnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zdaniem Odwołującego z treści tych wyjaśnień nie mogą wynikać żadne istotne okoliczności dotyczące cenotwórczych elementów oferty, dających przewagę Wykonawcy TSS. Nie istnieją bowiem żadne (właściwe wyłącznie dla Wykonawcy TSS) okoliczności uzasadniające tak niską cenę ofertową, w tym zaniżoną stawkę za robociznogodzinę w wysokości 137,69 zł. Złożone przez TSS wyjaśnienia są po prostu nierzetelne, pozbawione dowodów i nie sposób wykazać w nich posiadania jakiś specjalnych uwarunkowań niedostępnych dla innych wykonawców.

10.26. Warto również wskazać, że nawet jeśliby przyjąć, że Wykonawca TSS złożył wyjaśnienia i powołał się na ofertę od swojego podwykonawcy, której treść miałaby jakoby uzasadniać i dowodzić prawidłowości przyjętych założeń co do wyceny, to wszystkie powyższe zastrzeżenia co do kosztów należy również odnieść do takiej oferty podwykonawcy. Zamawiający oceniając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie może poprzestać na uznaniu, że skoro podwykonawca złożył ofertę na wykonanie określonych czynności po konkretnej cenie, to oznacza, że rynkowość tej ceny została udowodniona. Taka oferta nie stanowi samoistnie dowodu na prawidłowość obliczenia ceny. Jej treść i adekwatność przedstawionych w niej kwot powinna podlegać krytycznemu zbadaniu przez Zamawiającego, na okoliczność realności wykonania konkretnych usług w cenach powyżej, a nie poniżej kosztów. W przeciwnym przypadku mielibyśmy do czynienia z fikcją wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie na „dowód” poprawności własnych wyliczeń wykonawcy przedstawialiby oferty podwykonawców, składane znacznie poniżej kosztów, w ten sposób próbując uniknąć zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny czy też popełniania czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku, gdy oferta wykonawcy podlega badaniu na okoliczność rażąco niskiej ceny, a wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, dowodem powinny być nie tylko szczegółowe wyliczenia realizacji zamówienia dotyczące wykonawcy, lecz również adekwatne, szczegółowe i równie precyzyjne wyjaśnienia i wyliczenia sporządzone przez podwykonawcę. Jedynie wtedy Zamawiający ma bowiem możliwość oceny wiarygodności tak sporządzonych wyjaśnień. Poprzestawanie na przedstawianiu jako dowód jedynie otrzymanej oferty, bez szczegółowych wyliczeń wymaganych przez Zamawiającego, jest niewystarczające do uznania takich wyjaśnień za wiarygodne.

10.27. Na koniec należy dodać, że Wykonawca TSS miał obowiązek złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sposób kompletny i wyczerpujący i to na nim ciążył ciężar dowodu. Wykonawca TSS nie może przy tym usprawiedliwiać braków wyjaśnień RNC faktem, iż Zamawiający explicite nie zapytał o którąś z kategorii kosztów ujętych w wycenie. Jako profesjonalista przystępujący do postępowania w ramach przetargu publicznego, Wykonawca TSS winien był w sposób kompletny i wyczerpujący wyjaśnić wszystkie bez wyjątku elementy składające się na cenę oferty. Należy też podkreślić, że ocenie w kontekście zarzutu zaniechania odrzucenia Wykonawcy pomimo zaoferowania rażąco niskiej ceny winny podlegać wyłącznie wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę TSS w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na etapie oceny ofert. Każde późniejsze wyjaśnienia Wykonawcy TSS, także składane w toku postępowania odwoławczego, mające

na celu uzupełnienie przedstawionych Zamawiającemu wyjaśnień, powinny być uznane za spóźnione.

10.28. Konsekwencją uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 PZP winno być unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i oceny ofert. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku udostępnienia wykonawcom dokumentów do tej pory dla nich niedostępnych (w szczególności tak kluczowych jak wyjaśnienia rażąco niskiej ceny), wykonawcom tym będzie przysługiwało uprawnienie do podniesienia zarzutów, których na obecnym etapie nie mogli podnieść, nie znali bowiem pełnej treści oferty uznanej za najkorzystniejszą i wyjaśnień do niej. Tak dla przykładu w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt: KIO 3178/21, wyroku z dnia 20 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1646/16, wyroku z dnia 24 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 61/22 i in.

11. Zarzut nr 11 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty Wykonawcy TSS jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w

rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

11.1. Zarzut ten jest zgłoszony jako ewentualny - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy TSS wraz załącznikami oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. W przypadku uwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z załącznikami i załączników do uzasadnienia zastrzeżenia i nakazania unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz oceny ofert oraz dokonanie ponownej oceny ofert, a w jej toku - udostępnienie Odwołującemu wskazanych wyżej dokumentów - Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie tego zarzutu jako przedwczesnego, i zaznaczenie tego faktu w uzasadnieniu rozstrzygnięcia.

11.2. Jak wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nr 10, wyjaśnienie zaniżonej stawki, zaferowanej przez Wykonawcę TSS, nie jest możliwe przez powołanie się na wyjątkowo korzystne czynniki (np. miejsce prowadzenia działalności, czy organizacja pracy). Wysokość tej stawki może jedynie wynikać albo z faktu pominięcia w stawce niezbędnych kosztów, albo też zaniżenia kosztów świadczenia usługi a co za tym idzie - świadczyć o działaniu Wykonawcy TSS w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji względem pozostałych uczestników postępowania. Nie znając treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, czy niektóre niezbędne koszty realizacji zamówienia zostały pominięte, czy też wszystkie koszty zostały uwzględnione, lecz po zaniżonej (dumpingowej) cenie. W przypadku, gdy podana przez Wykonawcę TSS stawka jest stawką poniżej kosztów świadczenia usługi, celem takiego działania mogło być wykorzystanie faktu, że część zamówienia (oparta na stawce za roboczogodzinę) jest częścią fakultatywną i może zostać zlecona przez Zamawiającego w mniejszej wysokości. Wykonawca TSS, manipulując składnikami kosztowymi (w zakresie uwzględnienia w części ryczałtowej zamówienia pewnych kosztów stałych i ich nieuwzględnienia w części zmiennej), może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający będzie zmuszony zapłacić w części stałej zamówienia za coś, czego wykonawca ten jeszcze nie dostarczył lub też w ogóle nie dostarczy.

11.3. Podanie przez Wykonawcę TSS zaniżonych stawek cen za realizację przedmiotowego zamówienia stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, którego celem jest uzyskanie przedmiotowego zamówienia na skutek nieuprawnionych i niekonkurencyjnych praktyk. Prowadzi to do naruszenia interesu Odwołującego, a także wszystkich innych wykonawców i Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że działanie takie winno być uznane za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

11.4. Pojęcie stosunku konkurencji tworzy nieodłączną część pojęcia działalności konkurencyjnej i ma miejsce wtedy, gdy między korzyściami, które w wyniku nieuczciwego działania osiągnął lub zamierza osiągnąć jeden przedsiębiorca, a stratami drugiego istnieje uchwytna więź (tak m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 listopada 2018 r., sygn. akt: VII AGa 426/18, LEX nr 2682856). Wobec przedstawionych okoliczności, niewątpliwym jest, iż, Wykonawca TSS z premedytacją dążył do osiągnięcia własnych celów, znacząco utrudniając przy tym udział w postępowaniu innym wykonawcom. W pełni wypełnia

to znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego we wspomnianym art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Wyróżnić należy, że na kanwie interpretacji tego deliktu, „dostęp do rynku” należy rozumieć szeroko, tj. jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim uczestniczenia w nim poprzez oferowanie swoich towarów i usług. Nie ulega wątpliwości, że przedstawienie przez Wykonawcę TSS w swojej ofercie rażąco niskiej ceny spowodowało skutek w postaci znaczącego ograniczenia wspomnianej wyżej, prawnie gwarantowanej swobody uczestniczenia innych wykonawców w rynku poprzez oferowanie świadczonych usług.

11.5. Podkreślenia wymaga również fakt, że Wykonawcy TSS przypisać należy przymiot profesjonalisty na płaszczyźnie wykonywanej przez siebie działalności zawodowej. Podmiot taki powinien zatem mieć wyczerpującą wiedzę na temat rzeczywistych stawek realizacji przedmiotu analizowanego postępowania. Bezsprzecznym jest przy tym, iż, w toku prowadzonej przez siebie aktywności winien on respektować powszechnie obowiązujące prawo, w tym reguły dopuszczalnej gry rynkowej i zasady prawidłowego konkurowania wykonawców między sobą. Zaprezentowane przez Wykonawcę TSS działanie wyraźnie im przeczy, co - w świetle doświadczenia i wiedzy zawodowej, jaką ten dysponuje - jednoznacznie świadczy o tym, że wykonawca ten postępował z pełnym zamiarem uzyskania dodatkowych punktów w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz niedopuszczalnego ograniczenia swobody udziału w nim i szans na jego uzyskanie innych wykonawców. Tak kształtowana aktywność nie powinna zasługiwać na jakiegokolwiek usprawiedliwienie, co w swoim orzecznictwie, w tym w wyroku z dnia 21 maja 2021 r., KIO 1013/21, wyraźnie podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza.

11.6. Jak wskazano wyżej, analiza zestawienia części ryczałtowej wynagrodzenia i części rozwojowej w ocenie Odwołującego może świadczyć o „przerzuceniu” przez Wykonawcę TSS zysków „niepewnych” z części rozwojowej na zyski „pewne” z części utrzymaniowej (ryczałtowej). Kwalifikację takiego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z dnia 11 stycznia 2016 r., sygn. KIO 2786/15: „Podkreślić należy, że analiza porównawcza wyceny pozycji dotyczących roboczogodziny w zakresie Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu prowadzi do następujących wniosków. W ofercie wykonawcy BSB powyższa usługa stanowi około 90% wartości wynagrodzenia. W ofercie Odwołującego powyższa usługa stanowi około 45%, zaś u wykonawcy Softman S.A. stanowi około 43%. Oznacza to, że przyjęta przez wykonawcę BSB metodologia wyceny roboczogodziny za usługę Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu zagwarantuje wykonawcy otrzymanie 90% wynagrodzenia, niezależnie od tego czy

Zamawiający zleci wykonawcy dodatkowe roboczogodziny w zakresie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia. Sposób skalkulowania ceny oferty przez wykonawcę BSB czynił jego ofertę tylko pozornie tańszą w zakresie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia. Z wyceny bowiem przedłożonej przez wykonawcę BSB oraz z porównania do ofert innych wykonawców wynika, że Zamawiający przy założeniu braku zlecenia planowanych godzin w zakresie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia zapłaci najwięcej wykonawcy BSB za realizację zamówienia. Wykonawca BSB rażąco bowiem zaniżył stawki roboczogodziny za wykonanie Usługi Modyfikacji i Rozwoju, Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz Usługi Szkolenia, nie uwzględniając w nich określonych kosztów oraz zawyżył koszt wykonania usługi Stworzenia i Dostawy Dokumentacji Systemu, czyli tej części zamówienia co do której wykonawca ma pewność, iż otrzyma wynagrodzenie. (.) W ocenie Izby manipulowanie przez wykonawcę BSB sposobem wyceny kosztu roboczogodziny dla wykonania poszczególnych części zamówienia doprowadziło do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Z powyższego należy wywnioskować, iż celem działania wykonawcy BSB było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania niniejszego zamówienia i bez wątpienia zagrażało interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo i zgodnie z SIWZ skalkulowali koszt roboczogodziny za poszczególne usługi, a podczas dokonywania przez Zamawiającego oceny ofert znaleźli się w gorszej sytuacji. Powyższe działanie wykonawcy można zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 UZNK. Zatem, sytuacja ta obligowała Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaniechanie tego działania stanowiło naruszenie ww. przepisu.”.

11.7. Należy zwrócić uwagę, że komponent EESSI(RINA) jest wykorzystywany nie tylko przez Zamawiającego. Oprogramowanie to wykorzystywane jest także przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych i Ministerstwo Rodziny i Polityki Społecznej. W konsekwencji pozyskania przedmiotowego zamówienia w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, poprzez zaniżenie cen i zaoferowanie jego realizacji poniżej kosztów, Wykonawca TSS uzyska dostęp do rynku zamówień na utrzymanie komponentu EESSI(RINA) także u innych

zamawiających. Uzyska bowiem referencje, które będą mogły stanowić czynnik eliminacji z rynku pozostałych potencjalnych wykonawców. Istotne jest tu postępowanie Wykonawcy TSS, który zamierza uzyskać przewagę konkurencyjną nie w wyniku uczciwego procesu ofertowania, ale zmierza do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku zamówień na utrzymanie oprogramowania EESSI(RINA) właśnie poprzez oferowanie Zamawiającemu usługi poniżej kosztów faktycznego jej świadczenia.

Dowód: Załącznik nr 10 do odwołania - wydruki ze strony internetowej ZUS i MRiPP.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności i argumenty, Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Co do zarzutu nr 1

- 1) art. 223 ust. 2 i 3 PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Wykonawcy

Trusted Software Services Sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca TSS”) omyłki rachunkowej, a także zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do wyrażenia

zgody na poprawienie tej omyłki.

Zarzut co do zasady w części okazał się słuszny, ponieważ oferta wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego/przystępującego zawierała oczywistą omyłkę rachunkową w kwocie 0,02 zł, co przyznał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 15 września 2022r. - w aktach sprawy). Dyspozycja zawarta w art.223 ust.2, a w tym przypadku pkt 2) tego ustępu PZP zobowiązuje zamawiającego do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, ale jej skuteczność nie zależy od zgody wykonawcy. Tak więc sugestia odwołującego, jak i zaaprobowanie takiego stanowiska przez zamawiającego, że jej skuteczność zależy od zgody przystępującego są bezpodstawne. Bowiem oczywista omyłka rachunkowa poprawiana jest z urzędu przez zamawiającego i na jej skuteczność nie ma wpływu zgoda, czy też brak zgody wykonawcy. W konsekwencji zamawiający dokonuje jednostronnej czynności poprawienia oferty przystępującego z kwoty 3 862 247,06 zł. na kwotę 3 862 247,04 złotych. Jak już powyżej wskazano zamawiający uwzględnił zarzut, przystępujący nie wniósł sprzeciwu, wobec czego Izba umorzyła

postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1.

Co do zarzutu nr 2

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS pomimo, iż Wykonawca ten w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 223 ust. 1 PZP dokonał zmiany treści złożonej oferty po terminie składania ofert.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Bowiem rezygnacja po złożeniu oferty z jednego z dwóch podmiotów udostępniających zasoby, w sytuacji gdy jeden z nich spełnia warunki udziału w postępowaniu (Proacta Sp. z o.o.), a rezygnacja dotyczy podmiotu, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (ESKOM IT Sp. z o.o.), nie jest niezgodna z przepisami ustawy PZP. Bowiem odwołujący nie wskazał odpowiedniego przepisu PZP, który by mówił o niezgodności z PZP w zaistniałej sytuacji (art.226 ust.1 pkt 3 PZP).

Natomiast wskazany przez odwołującego przepis art.223 ust.1 PZP dotyczy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Zamawiający nie miał podstaw żądania od przystępującego wyjaśnień na żadną ze wskazanych okoliczności w przywołanym przez odwołującego przepisie (art.223 ust.1 PZP), jak i Izba nie stwierdza po stronie zamawiającego konieczności do żądania wyjaśnień, o których mowa w przywołanym przez odwołującego przepisie PZP. Owszem należy nadmienić, że zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2022r. wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści zobowiązania ESKOM IT Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów. Udzieloną odpowiedź przystępującego, odwołujący w złożonym odwołaniu komentuje następująco „W odpowiedzi na to wezwanie w piśmie z dnia 12 sierpnia 2022 r. Wykonawca TSS złożył wyjaśnienia, z których wynika, że ESKOM IT Sp. z o.o. nie będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Tym samym Wykonawca TSS zmienił złożone w formularzu ofertowym oświadczenie dotyczące udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Należy uznać, że Wykonawca ten dokonał niedopuszczalnej w świetle dyspozycji art. art. 223 ust. 1 PZP zmiany treści złożonej oferty, co winno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 PZP” - cytat - strona 6, pkt 2.3. odwołania). W ocenie Izby zaistniała sytuacja, w związku z rezygnacją z jednego z podwykonawców, w sytuacji gdy drugi z podwykonawców spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie doprowadza do zmiany treści oferty. Bowiem treścią oferty w przypadku podmiotu udostępniającego zasoby/podwykonawcy jest zagwarantowanie zamawiającemu spełnienia warunków udziału i skoro są one spełnione przez jednego z dwóch podwykonawców, to rezygnacja przystępującego z jednego z nich nie stanowi o zmianie treści oferty, bowiem warunek udziału zostaje spełniony przez pozostałego wykonawcę. Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia postawionego zarzutu nawet fakt, że zamawiający mógł posłużyć się art.223 ust.1 PZP jak i określeniem „Wyjaśnienia”, ponieważ przystępujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oświadczył o rezygnacji z udziału podwykonawcy ESKOM IT Sp. z o.o., a co nie miało wpływu na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Izba nie stwierdza zmian treści złożonej oferty przez przystępującego (art.223 ust.1 PZP), a co skutkowałoby odrzuceniem oferty na podstawie art.226 ust.1 pkt 3 PZP.

Na marginesie Izba podziela poglądy wyrażone w przywołanych wyrokach Izby (str. 6 odwołania - pkt 2.4.). Jednak zwraca uwagę, że nie wszystkie informacje/oświadczenia w formularzu oferty stanowią o treści oferty, a fakt rezygnacji z jednego z podwykonawców, po złożeniu oferty, w sytuacji gdy pozostały podwykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie jest zmianą ani ilości, ani zakresu, ani sposobu wykonania zamówienia.

Słusznie zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie wskazał:

„W ocenie Zamawiającego brak jest w świetle przepisów prawa i okoliczności sprawy podstaw do odrzucenia oferty TSS z powodu rezygnacji z wykorzystania zasobów ESKOM i rezygnacji z udziału tego podmiotu jako podwykonawcy, co zdaniem Odwołującego powoduje niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty.

W ocenie Zamawiającego TSS wykazał spełnianie warunków przy udziale innego podmiotu trzeciego — Proacta Sp. z o.o., zatem ostateczna rezygnacja z ESKOM nie wpływa na treść oferty TSS oraz na ewentualną realizację zamówienia w przypadku zawarcia umowy z Przystępującym.”

W ocenie Izby, słusznie również zamawiający wskazał na przepisy PZP, które pozwalają po złożeniu oferty na jej modyfikację, w tym na składanie dokumentów czy też oświadczeń, które nie są tożsame ze zmianą treści oferty, która jest niedopuszczalna. Natomiast granice zmiany samej oferty, które nie są zmianą jej treści wytycza art.223 PZP w związku z dopuszczalnymi wyjaśnieniami oraz poprawianiami oferty mającymi charakter obowiązku po stronie zamawiającego.

Wśród przepisów przywołanych przez zamawiającego dopuszczających zmianę oferty oraz wynikających z nich konkluzji zamawiający wskazał, że po jej złożeniu, nie będących zmianą jej treści są:

„Art. 123 Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby”.

„Art.122 Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa

podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

7. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 122 stosuje się odpowiednio.

5. Zgodnie z przepisami ustawy, wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby jeżeli na etapie składania ofert z tego uprawnienia nie skorzystał. Wykonawca, który w ofercie wskazał, że posługuje się podmiotem udostępniającym zasoby (dalej: „PUZ”) ma prawo zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazać, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, np. gdyby okazało się, że wskazany w ofercie PUZ nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

6. Wykonawca ma również prawo zrezygnować z podwykonawcy (w tym PUZ) na etapie realizacji umowy zastępując go innym PUZ spełniającym warunki udziału, ewentualnie wykazać, że warunki te spełnia samodzielnie.

7. Ustawa w art. 462 ust. 2 dopuszcza wymaganie podania przez wykonawcę nazw podwykonawców w ofercie tylko jeżeli są już na tym etapie znani. Teoretycznie zatem nazw tych wykonawców może w ogóle nie wskazać w ofercie.

8. Warto przy tym zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza, w jednym z wyroków, podzieliła stanowisko wyrażone już wcześniej w orzecznictwie, wskazujące na możliwość nawet samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego bez uprzedniego wezwania zamawiającego (por. wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r. KIO 91/20 oraz wyrok z dnia 17 marca 2021 r. KIO 505/21).

9. Powyższe prowadzi do konkluzji, że zdaniem Zamawiającego brak jest podstaw do odrzucenia oferty TSS”.

Z kolei przystępujący w stanowisku z dnia 20.09.2022r. (akta sprawy): „odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dla ESKOM IT (pismo Zamawiającego z dnia 11.08.2022 r.) Przystępujący wskazał: wyjaśniam, że do przedłożonych uprzednio podmiotowych środków dowodowych celowo nie zostały załączone wskazane w Państwa piśmie dokumenty dotyczące ESKOM IT sp. z o.o. Ostatecznie Wykonawca nie polega na zasobach ww. podmiotu, jako nieposiadającego wymaganego doświadczenia. Podmiot ten nie będzie zatem uczestniczył w wykonywaniu zamówienia, co w świetle rozdziału VII SWZ czyni bezprzedmiotowym przedkładanie w stosunku do niego dokumentów podmiotowych wymienionych przez Państwa w piśmie z dnia 11.08.2022 r.”

„Przystępujący powołuje się ponadto na przepis art. 122 ustawy Pzp, który wprost dopuszcza możliwość zastąpienia wskazanego w ofercie podmiotu udostępniającego swoje zasoby innym podmiotem. Skoro zatem możliwa jest zmiana nawet podmiotu udostępniającego swoje doświadczenie, który zawsze kwalifikowany jest jako podwykonawca, to jak można twierdzić, że sytuacja dotycząca oferty przystępującego kwalifikuje się jako niedopuszczalna zmiana treści oferty.

Ponadto, zgodnie z dorobkiem doktryny lista podwykonawców wskazana w ofercie ma wyłącznie charakter informacyjny, a zatem już z samego tego faktu jej zmiana, nawet przed udzieleniem zamówienia nie narusza przepisów ustawy Pzp”.

Podsumowując Izba stwierdza, że zarzut naruszenia dyspozycji art.223 ust. 1 PZP nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu nr 3

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS, pomimo iż oferta ta została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, ponadto przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

oraz co do wniosku odwołującego otwarcia rozprawy na nowo.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie

wniosek otwarcia rozprawy na nowo nie zasługuje na uwzględnienie

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu, jako ewentualne jego prawo do zastosowania przywołał wezwanie do wyjaśnień lub do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 PZP, na co również powoływał się sam odwołujący. W zaistniałej sytuacji, na takie ewentualne stanowisko zamawiającego, w toku postępowania przystępujący sprzeciwił się.

Zamawiający wnosząc o oddalenie zarzutu wskazał, że przystępujący przedstawił na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu referencje podmiotu udostępniającego zasoby (PUZ) tj. spółki Proacta Sp. z o.o. (której KRS nr 0000950438(438) załączono do oferty). Spółka ta powstała z przekształcenia Proacta Sp. z o.o. sp. komandytowa (której wspólnikiem/komplementariuszem — jak przyznaje Odwołujący - była inna spółka o nazwie Proacta Sp. z o.o. o KRS 0000604609 (609) — obecnie Proacta Invest Sp. z o.o.). Zdaniem Zamawiającego należy zatem uznać w braku odmiennych dowodów, że wszystkie te podmioty (Proacta Sp. z o.o. działająca obecnie pod tą nazwą, jak i Proacta Invest Sp. z o.o., która dawniej działała pod nazwą Proacta Sp. z o.o. i była wspólnikiem Proacta Sp. z o.o. Sp. komandytowa o KRS 0000 674851(851) nabywały wspólnie wiedzę i doświadczenie przy realizacji zleceń i nowa spółka Proacta Sp. z o.o. może się nim posługiwać, spółki są ze sobą powiązane, więc nawet chociażby tylko z tego powodu.

Dalej zamawiający: Wymaga podkreślenia, że zgodnie z art. 553 Kodeksu Spółek Handlowych (dalej: „KSH”) istnieje ciągłość podmiotowa spółki przekształcanej (czyli Proacta sp. z o.o. sp.k. - KRS - 851) z przekształconą (Proacta sp. z o.o. - KRS - 438). Przepis w § 1 wskazuje, że Spółce przekształcanej (czyli Proacta sp. z o.o. - 438) przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej (czyli Proacta sp. z o.o. sp.k.). Nowa spółka ma też zatem prawo posługiwać się doświadczeniem i wiedzą pozyskaną pod poprzednią formą prawną, z racji samego obowiązującego prawa. Podkreśla zamawiający, że Proacta Sp. z o.o. powstała z przekształcenia Proacta Sp. z o.o. Sp. komandytowa, a zatem jest to kontynuacja działalności wcześniejszej, a co ma szczególne znaczenie, przy kontynuacji zamówienia na rzecz spółki Simple S.A., które trwało do 30.04.2022r. pomimo, że Proacta sp. z o.o. sp.k. została przekształcona 31.01.2022 roku. „Warto też wskazać, że referencja od Simple obejmuje okres od 05.2021 do 04.2022 a więc również kilka miesięcy gdy już istniała spółka Proacta Sp. z o.o. której KRS załączono do oferty co świadczy o tym, że wystawca referencji przyjął ciągłość świadczonych przez spółkę usług”.

W ocenie Izby należy tutaj też dodać, pomimo funkcjonowania spółki pod nazwą Proacta Invest Sp. z o.o. od 14.02.22r. to w dacie zamknięcia zamówienia dla Simple w dniu 30.04.2022r. referencję wystawiono dla Proacta Sp. o.o., a nie dla Proacta Invest Sp. z o.o.

„Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający nie widzi podstawy do odrzucenia oferty TSS/przystępującego i stoi na stanowisku, że TSS prawidłowo wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

Z kolei przystępujący w stanowisku z dnia 20.09.2022 (akta sprawy):

Powyższy zarzut jest oczywiście bezzasadny. Opiera się on na zaskakującym, a zarazem niezrozumiałym wniosku Odwołującego, że:

„Proacta Sp. z o.o., która powstała z przekształcenia Proacta Sp. z o.o. Sp. komandytowa,

która udostępniła swoje zasoby Wykonawcy TSS, nie mogła zatem wykonywać usług wykazanych w wykazie usług.”

W opinii Przystępującego, dla obalenia ww. zarzutu wystarczające jest wskazanie, że jak wynika choćby z załączonego do oferty Przystępującego KRS podmiotu udostępniającego swoje zasoby tj. Proacta sp. z o.o. (rubryka 6 pkt 1), podmiot ten powstał na skutek przekształcenia spółki Proacta sp. z o.o. sp.k. w trybie art. 551§ 1 i nast. w zw. z art. 571 KSH. Oznacza to, że spółka przekształcona nie wstępuje w prawa i obowiązki, ale jest cały czas podmiotem tych praw i obowiązków (zob. Wyrok Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 26 października 2017 r., sygn. akt ISA/Sz 735/17). Oczywistym zatem jest, że doświadczenie nabyte przez Proacta sp. z o.o. sp.k. jest doświadczeniem Proacta sp. z o.o. W tej sytuacji, w pełni uzasadnione było wskazanie przez Przystępującego w wykazie doświadczenia, że projekty referencyjne zostały zrealizowane przez Proacta sp. z o.o.

Dodać należy ponadto, że do wykazu doświadczenia zostały załączone poświadczenia przez podmioty zlecające projekty referencyjne. Jak wynika z treści tych poświadczeń, podmioty te potwierdziły, że projekty referencyjne wykonane zostały przez Proacta sp. z o.o.

Z kolei odwołujący przywołał dowody wskazując, że podmiotem uprawnionym do posiadania doświadczenia Proacta sp. z o.o. sp.k. (jest Proacta, były komplementariusz Proacta sp. z o.o. (KRS 609) aktualnie noszący nazwę Proacta Invest sp. z o.o.). Na te okoliczności przywołał korespondencję mailową z Polską Poczta Usługi Cyfrowe (PPUC), gdzie uzyskał informacje od przedstawiciela wskazującą, że umowa o której mowa w referencji z dnia 09/09/2022r. był podmiot, z którym zawarto umowę Proacta o KRS 609, a aktualnie podmiot ten ma nazwę Proacta Invest Sp. z o.o. (zmiana nazwy w dniu 14.02.2022r. - według tabeli przedstawionej przez Odwołującego obrazującej przekształcanie spółki Proacta sp. z o.o. sp.k. (akta sprawy).

Po zamknięciu rozprawy i po wniosku odwołującego o otwarcie jej na nowo przystępujący przedstawił umowę ramową z dnia 14.02.2020r. zawartą z PPUC przez Proacta Sp. z o.o. sp.k. (851), reprezentowaną przez komplementariusza Proacta sp. z o.o. (609), według definicji przez umowę - oznacza niniejszą umowę wraz z załącznikami oraz uzgodnionymi przez Strony Zamówieniami, stanowiącymi umowy szczegółowe. Z kolei Zamówienie oznacza uzgodnione przez Strony w utrwalonej formie zamówienie (umowę szczegółową) na usługi, ramowe zasady świadczenia których są przedmiotem niniejszej umowy. Wzór zamówienia zawarty jest w Załączniku Nr2.

Umowę tę skrytykował generalnie odwołujący, też po zamknięciu rozprawy. Umowa realizowana była w okresie od dnia 01.10.2020 do dnia 30.06.2021r. (referencja dla Proacta sp. z o.o. (KRS -609) spółka Proacta sp. z o.o. sp.k. (KRS -851) w dniu 14.02.2020r., reprezentowana przez komplementariusza Proacta Sp. z o.o. (KRS 609) zawarła umowę ramową z PPUC (umowa ramowa z dnia 14.02.2022r. - znajduje się w aktach sprawy).

Zarówno umowa ramowa dostarczona przez przystępującego, jak i jej krytyka przez odwołującego znajdują się w aktach sprawy, ale znalazły się po zamknięciu rozprawy. Również w aktach sprawy znajdują się dokumenty przesłane przez odwołującego po zamknięciu rozprawy i są nimi mail z pełnomocnikiem poczty (radca prawny Monika Sobczyńska - akta sprawy - stanowią do niego pismo z 09.09.2022r. do COMARCH Polska S.A. Pełnomocnictwo dla Radcy Prawnej, referencja z 07.06.22r. dla Proacta sp. z o.o. od PPUC) na temat kto zawierał umowę z PPUC i jaka spółka miała KRS.

Izba w tym miejscu stwierdza, że nie jest to materiał dowodowy, który służył do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. Natomiast jest to materiał, który Izba badała i analizowała, rozstrzygając o odmowie otwarcia rozprawy na nowo, w związku z wnioskiem złożonym przez odwołującego, a zwalczanym przez przystępującego, co miało miejsce w dniach 22-23 września 2022 roku. Izba w tym miejscu zaznacza, że rozprawa została zamknięta 20 września 2022r., a wyrok został ogłoszony w dniu 26 września 2022 roku. Izba odmówiła otwarcia rozprawy na nowo.

Izba na podstawie tabeli przedstawionej przez odwołującego na rozprawie (w aktach sprawy), której nie zakwestionował co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, ani zamawiający, ani przystępujący, ustaliła:

1. w dniu 31.01.2022r. spółka Proacta sp. z o.o. sp.k. (KRS-851) zostaje przekształcona w spółkę Proacta sp. z o.o. (KRS-438), która w dniu 09.06.2022r. przekazuje referencję przystępującemu (PUZ),

2. w dniu 14.02.2022r. były wspólnik/komplementariusz Proacta sp. z o.o.(KRS-609) spółki Proacta sp. z o.o. sp.k. zmienia nazwę na Proacta Invest Sp. z o.o.

Według ustaleń Izby właścicielem zdobytego doświadczenia opisanego w przedmiotowej referencji jest spółka Proacta sp. z o.o. (KRS 438), jako spółka przekształcona ze spółki przekształcanej Proacta sp. z o.o. sp.k. (KRS 851). Natomiast spółka Proacta sp. z o.o.

(KRS 609), od 14.02.2022r.zmiana nazwy Proacta Invest Sp. z o.o. (KRS 609) nie jest spółką przekształconą, spółki przekształcanej Proacta sp. z o.o. sp.k. (KRS 851) tylko jej byłym komplementariuszem. Wobec powyższego to spółka przekształcona z dniem 31.01.2022r. o nazwie Proacta sp. z o.o. (KRS- 438) ze spółki przekształcanej Proacta sp. z o.o. sp.k. (851) jest podmiotem praw i obowiązków z tytułu poświadczenia załączonego do oferty wystawionego dla Proacta sp. z o.o. i załączonym KRS-438.

Reasumując co do zarzutu Nr 3 na podstawie materiału dowodowego w sprawie odwołujący nie wykazał, że prawa do referencji od PPUC ma Proacta Invest sp. z o.o. (KRS - 609). Bowiem według ustaleń i zważenia Izby prawa do referencji w ofercie przystępującego w związku z podmiotem udostępniającym zasoby (PUZ) ma Proacta sp. z o.o. - KRS - 438.

Izba w tym miejscu zamykając również ustalenia i zważenia co wniosku odwołującego otwarcia rozprawy na nowo, uwzględniając korespondencję mailową, pisma, dokumenty, oświadczenia, jakie wpłynęły po zamknięciu rozprawy stwierdza, że nie znalazła podstaw do otwarcia rozprawy na nowo. Powyższe oznacza, że nie stwierdza się istotnych okoliczności, które ujawniły się po zamknięciu rozprawy, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania w rozumieniu art. 551 ust.2 PZP.

Co do zarzutu nr 4 i nr 5

Zarzut nr 4 - naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TSS, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzut nr 5 - naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TSS, mimo że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, z samej racji nie uwzględnienia zarzutu Nr 3.

Izba podziela merytoryczne stanowisko w tym zakresie zamawiającego i przystępującego

Zamawiający odniósł się do powyższych zarzutów w odpowiedzi na odwołanie (pismo z 15 września 2022r. - akta sprawy)

Zarzut Nr 4 i Zarzut Nr 5 - naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt. 10 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy TSS ze względu na rzekome wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

„Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. W ocenie Zamawiającego TSS prawidłowo potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy wykorzystaniu zasobów Proacta Sp. z o.o. (co zostało uzasadnione przy odpowiedzi na zarzut nr 3), a z ostrożności, na wypadek gdyby Izba uznała, że są tu wątpliwości, to w ocenie Zamawiającego w dalszym ciągu nie są spełnione przesłanki do wykluczenia TSS z postępowania. Zamawiający wskazuje, że w żaden sposób nie czuje się wprowadzony w błąd przez TSS. Naszym zdaniem obiektywna ocena sytuacji również prowadzi do wniosku, że nie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, ani w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ani w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Gdyby bowiem uznać, że formalnie podmiotem udostępniającym zasoby powinna być inna ze spółek z grupy Proacta (choć Zamawiający się z tym nie zgadza), to nawet przy zachowaniu staranności wymaganej od profesjonalisty, nie można zdaniem Zamawiającego w tym przypadku przyjąć, że ziściły

się przesłanki wykluczenia, które wskazał Odwołujący. Okoliczności sprawy w ocenie Zamawiającego wskazują na to, że TSS w dobrej wierze złożył referencje wystawione na spółkę Proacta Sp. z o.o. i od niej otrzymane. W ocenie Zamawiającego TSS nie miał powodów aby je kwestionować — zwłaszcza jeżeli weźmiemy pod uwagę, że spółki Proacta Sp. z o.o. i Proacta Invest Sp. z o.o. (a wcześniej Proacta Sp. z o.o. Sp. komandytowa) są ze sobą powiązane, w tym mają ten sam adres oraz dokładnie te same osoby są ich wspólnikami oraz członkami zarządów”.

Podobnie przystępujący w piśmie z dnia 20.09.2022r.(w aktach sprawy)

„W konsekwencji oczywistej bezzasadności zarzutu nr 3 zarzuty nr 4 i 5 są również bezzasadne, gdyż ich uzasadnienie opiera się na twierdzeniu, że Przystępujący wprowadził w błąd zamawiającego wskazując, że Proacta sp. z o.o. posiada doświadczenie wskazane w wykazie doświadczenia. Oświadczenie Przystępującego w powyższym zakresie jest prawdziwe i nie można tutaj mówić o jakimkolwiek wprowadzeniu Zamawiającego w błąd”.

Izba, w związku z niespełnieniem się zarzutu nr 3 zarzuty ewentualne sformułowane pod nr 4 i 5, nie uwzględnia tych zarzutów.

Co do zarzutu nr 6, nr 7, nr 8

Zarzut nr 6 - naruszenie art. 128 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS/przystępujący do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej.

Zarzut nr 7 - naruszenie art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS/przystępujący do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów podmiotowych (tj. wykazu wykonanych usług, referencji oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów), mimo iż dokumenty te budzą wątpliwości, a z ich treści wynikają sprzeczności.

Zarzut nr 8 - naruszenie art. 128 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów - mimo iż złożone przez Wykonawcę TSS/przystępujący dokumenty, to jest wykaz usług i referencje, budzą wątpliwości.

Izba nie uwzględnia zarzutów, jako konsekwencję nie uwzględnienia zarzutu nr 3.

Podziela w tym zakresie argumentację zamawiającego i przystępującego

Zamawiający Zarzut nr 6, Zarzut nr 7 i Zarzut nr 8— naruszenie art. 128 ust. 1, 4 i 5 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej lub wezwania do ich wyjaśnienia oraz zwrócenia się bezpośrednio do wystawców referencji o informacje w tym zakresie

Zarzuty te zostały zgłoszone przez Odwołującego jako ewentualne na wypadek nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Wykonawcy TSS na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP) oraz innych zarzutów

dotyczących wykluczenia Wykonawcy TSS lub odrzucenia jego oferty. Zamawiający uwzględnia zarzuty. Zamawiający jak już wcześniej wskazywał, uznaje, że TSS prawidłowo wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu (argumentacja dot. Zarzutu nr 3). Jednakże, w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że TSS co prawda nie podlega wykluczeniu z postępowania, ani jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie że są wątpliwości dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wówczas Zamawiający dokona czynności jak poniżej. Działając z daleko posuniętą ostrożnością, w celu usunięcia wszelkich wątpliwości, Zamawiający wezwie wykonawcę TSS w trybie określonym w art. 128 ust. 1 i ust. 4 do wyjaśnień, względnie do uzupełniania dokumentów, a w przypadku gdyby okazało się to niewystarczające, dodatkowo zwróci się z prośbą o odpowiednie informacje do wystawców referencji na podstawie art. 128 ust. 4 PZP.

Powyższe stanowisko merytoryczne zamawiającego wskazuje na nie uwzględnienie zarzutów. Niemniej w sytuacji gdyby Izba je uwzględniła to zamawiający wezwie przystępującego do uzupełnienia, czy też wyjaśnienia dokumentów, a nawet wystąpi do wystawcy referencji.

Z kolei przystępujący na tak sformułowane stanowisko zamawiającego wniósł sprzeciw, wnosząc o oddalenie zarzutów

Przystępujący w piśmie z dnia 20.09.2022r.(w aktach sprawy)

Ad. zarzut nr 6 — naruszenie art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, to jest dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej Ad. zarzut nr 7 — naruszenie art. 128 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TSS do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów podmiotowych (tj. wykazu wykonanych usług, referencji oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów), mimo iż dokumenty te budzą wątpliwości, a z ich treści wynikają sprzeczności Ad. zarzut nr 8 — naruszenie art. 128 ust. 5 PZP poprzez zaniechanie zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów — mimo iż złożone przez Wykonawcę TSS dokumenty, to jest wykaz usług i referencje, budzą wątpliwości

W konsekwencji oczywistej bezzasadności zarzutu nr 3 zarzuty nr 6, 7 i 8 również są oczywiście bezzasadne według przystępującego.

Izba nie uwzględnia zarzutów nr 6, nr 7, nr 8 odwołania, w związku z nie uwzględnieniem

zarzutu nr 3 odwołania.

Co do zarzutu nr 9

Zarzut nr 9 - naruszenie art. 18 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez Wykonawcę TSS wyjaśnień rażąco niskiej ceny z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Izba nie uwzględnia zarzutu, podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego.

Zamawiający odniósł się do powyższego zarzutu w odpowiedzi na odwołanie (pismo z 15 września 2022r. - akta sprawy)

[Zarzut nr 9 — naruszenie art. 18 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez Wykonawcę TSS wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa] Zarzut ewentualny. Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców. W ocenie Zamawiającego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez TSS wraz z wyjaśnieniem elementów cenowych oferty spełnia wymogi ustawowe i jest wystarczające do utrzymania w tajemnicy informacji i

dokumentów, których dotyczy i które do tej pory nie zostały ujawnione przez Zamawiającego. Wskazujemy przy tym, że samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa

wraz z tymi załącznikami, które nie zostały wskazane jako objęte tajemnicą, zostało przekazane do Odwołującego.

Przystępujący w piśmie z dnia 20.09.2022r.(w aktach sprawy)zarzut jest bezzasadny. Należy zauważyć, że zostało ono w całości z wyjątkiem załączników tj. umowy o zachowaniu poufności oraz zastrzeżenia poufności od Proacta sp. z o.o. Dokumenty te zostały zastrzeżone, gdyż zawierają wypracowane przez służby prawne Przystępującego

informacje, które mogłyby zostać bezpłatnie wykorzystane oraz z tego powodu, że ujawniają treść stosowanych w firmie Przystępującego zapisów umownych. Ponadto, nawet gdyby uznać, że ww. załączniki do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zastrzeżone bezprawnie, to okoliczność ta i tak nie powinna skutkować uwzględnieniem odwołania ze względu na art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Naruszenie w tym zakresie nie mogłoby mieć bowiem wpływu na wynik postępowania.

W odniesieniu natomiast do zarzutu zaniechania udostępnienia złożonych wyjaśnień rnc wraz z załącznikami Przystępujący zauważa w pierwszej kolejności, że przekazane zostało pismo przewodnie do wyjaśnień ceny oferty z którego wynikało, że całość wyjaśnień wraz z dowodami z wyjątkiem raportu firmy Hays oraz portfolio Przystępującego została zastrzeżona jako jego tajemnica przedsiębiorstwa

uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się do zastrzeżonych wyjaśnień RNC, a zatem również do dowodów do nich, stąd też zarzut udostępnienia wyjaśnień RNC w powyższym zakresie (dowodów do wyjaśnień) jest bezzasadny.

W odniesieniu z kolei do poniższego stwierdzenia Odwołującego (pkt 9.23 odwołania):

„intencją Wykonawcy TSS było (chyba) zastrzeżenie treści referencji podwykonawcy (najprawdopodobniej chodzi o referencje Proacta Sp. z o.o.) oraz faktu współpracy Proacta Sp. z o.o. z Simple S.A. oraz Poczta Polska Usługi Cyfrowe Sp. z o.o. Treść tych referencji została jednak Odwołującemu przez Zamawiającego udostępniona”

Przystępujący wskazuje, że ww. dokumenty zostały ujawnione już w samej treści oferty (lista podwykonawców oraz pisemne zobowiązania innych podmiotów), a wykaz doświadczenia Proacta sp. z o.o. wraz z referencjami został przekazany przez Przystępującego wraz z całością podmiotowych środków dowodowych i nie został objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, dokumenty zostały udostępnione Odwołującemu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu załącznika do wyjaśnień RNC w postaci informacji o warunkach subskrypcji oprogramowania Atlassian, Przystępujący wskazuje, że oczywiście nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa informacja, że

posiada on oprogramowanie Atlassian. Informacja ta została przecież ujawniona w udostępnionym Odwołującemu uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, co zresztą sam on potwierdził. Ujawniony został natomiast dokument „informacja o subskrypcji” który obrazuje

koszty Przystępującego z tytułu subskrypcji tego dokumentu, a zatem zawiera informację dotyczącą kosztów działalności prowadzonej Przystępującego, która podlega zastrzeżeniu.

Przystępujący uznaje, że Odwołujący bezzasadnie kwestionuje skuteczność zastrzeżenia wyjaśnień RNC wraz z załącznikami. Jak wprost wynika z treści dokumentu „wyjaśnienia RNC”, w przeważającym zakresie zawiera on informacje wskazane na str. 1 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa tj.:

- szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty, w tym:
- zakładany przez Wykonawcę poziom marży;
- określają rodzaje i wartość poszczególnych pozycji kosztowych;
- informacje dotyczące wysokości wynagrodzenia personelu, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia oraz przyjętą formułę zatrudnienia tego personelu;
- poziom zaoferowanych cen stosowanych przez partnerów handlowych Wykonawcy;
- koszty działalności prowadzonej przez Wykonawcę;
- metodologię wyceny kosztów osobowych wykonania usług utrzymaniowych oraz rozwojowych;
- przewidywane przez Wykonawcę ryzyka związane z wykonaniem zamówienia oraz określają ich wycenę;
- sposób realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym zastosowanie konkretnych rozwiązań technicznych oraz organizacyjnych.

Informacje te bezsprzecznie posiadają wartość gospodarczą, a uzasadnienie w tym zakresie przedstawione przez Przystępującego jest wystarczające. Przystępujący w zasadzie nie rozumie, w jaki inny sposób miałby uzasadnić, że powyższe, tak newralgiczne i podstawowe informacje dotyczące kosztów działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu natomiast do poniższego stwierdzenia Odwołującego (pkt 9,3 i 9.5 odwołania):

- „W tym miejscu należy po pierwsze podkreślić, że działanie polegające na utajnieniu całych dokumentów (pisma Wykonawcy TSS, zawierające wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz załączników do niego) nie znajduje podstaw w przepisach PZP i jest uznawane za jednoznacznie nieprawidłowe.

- „, z pewnością nie może podlegać zastrzeżeniu cały dokument, a jedynie określone, skutecznie zastrzeżone informacje. Co najmniej zatem Zamawiający winien udostępnić Odwołującemu należy wskazać, że istotnie w treści zastrzeżonych wyjaśnień znajdują się również sformułowania typu:

-,W celu wykazania realności zaoferowanej ceny, w tym, że łączna cena oferty pokrywa wszelkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia, Wykonawca przedstawia poniżej szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia — dalej: „kalkulacja

wyodrębnia następujące pozycje kosztowe

(.....)”;

-,Planowany zespół składa się ze specjalistów posiadających doświadczenie w realizacji

podobnych projektów, Osoby te brały udział w projektach wymienionych w portfolio Wykonawcy oraz w projektach podwykonawcy. ”

„W załączeniu Wykonawca przedstawia szczegółową kalkulację RBH w zakresie części zamówienia obejmującej utrzymanie systemu, ”

- „W zakresie części zamówienia dotyczącej usług utrzymania systemu RINA należy

wyjaśnić, że przyjęta w kalkulacji estymacja czasowa tych prac opiera się o podstawowe czynniki:(.....)”

- „Wykonawca uznaje ponadto, że doświadczenie jego oraz Podwykonawcy w realizacji podobnych projektów dla innych klientów (takich jak Poczta Polska Usługi Cyfrowe Sp. z o., Polski Komitet Normalizacyjny, Mennica Polska S.A., Simple S.A.) obejmujących projekty zarówno charakterze rozwojowym jak i utrzymaniowym, potwierdza realność przyjętych w zakresie estymacji czasowych. W załączeniu przekazujemy referencje dotyczące realizacji tych projektów”,

Tym podobne, które same w sobie nie mają wartości gospodarczej, są one bowiem całkowicie służebne i wtórne w stosunku do danych do których się odnoszą. Ich rolą jest jedynie wprowadzenie do informacji mających wartość gospodarczą. Szczególnie istotne jest jednak to, że samo ich ujawnienie Odwołującego nie miałoby dla niego żadnej wartości z punktu widzenia możliwości sformułowania zarzutów rażąco niskiej ceny. W tych okolicznościach Przystępujący z ostrożności wskazuje, że nawet gdyby uznać, że ww. wycinkowe, informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, to i tak zarzut w tym zakresie podlegałby oddaleniu ze względu na art. 554 ust. 1 pkt) ustawy PZP jako nie mogący mieć wpływu na wynik postępowania.

Na koniec Przystępujący dodaje, że Odwołujący w pkt 10.16 odwołania odnosząc się do treści nieudostępnionych mu wyjaśnień RNC stwierdził:

„(.....) jednak niezależnie od ich treści kwestionuje je jako niewystarczające.

Niemożliwym jest bowiem wykazanie za ich pomocą tak niskiej stawki inaczej, niż w sposób manipulacyjny przedstawianie nieadekwatnego składu zespołu w celu zaniżenia prezentowanego w wyjaśnieniach składnika kosztów wynagrodzeń.”

Powyższe wskazuje, że Odwołujący sam zdaje sobie sprawę z okoliczności, w której fakt nieudostępnienia mu wyjaśnień RNC Przystępującego nie uniemożliwia mu sformułowania zarzutu rażąco niskiej ceny. Przy takim stanowisku w pełni zasadne jest oddalenie tego zarzutu na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Zresztą obszerność uzasadnienia zarzutu rażąco niskiej ceny potwierdzał, że Odwołujący dysponuje wyczerpującymi informacjami umożliwiającymi mu kwestionowanie ceny oferty Przystępującego.

W przypadku przedmiotowego zamówienia kalkulacja ceny ofert nie jest skomplikowaną i składa się jedynie z kilku pozycji kosztowych. Zasadniczą pozycją w tym zakresie są koszty osobowe, pozostałe mają charakter marginalny. Nawet zatem nie znając wyjaśnień RNC Przystępującego odwołujący bez żadnych problemów może próbować kwestionować rentowność jego oferty, co zresztą robi, szczególnie że jawna jest stawka godzinowa za usługi rozwojowe która z natury jest podobnie kalkulowana jak stawki godzinowe za część utrzymaniową.

Jak już wyżej nadmieniono, Izba podziela argumentację zamawiającego i przystępującego uznając za prawidłowe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jak i dokumentów związanych z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny przez przystępującego, oddalając zarzut odwołania w tym zakresie sformułowany.

Co do zarzutu nr 10 i nr 11

Zarzut nr 10 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę

Zarzut nr 11 - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Izba nie uwzględnia zarzutu nr 10 i nr 11, podziela stanowisko zamawiającego i

przystępującego.

Zamawiający odniósł się do powyższego zarzutu w odpowiedzi na odwołanie (pismo z 15 września 2022r. - akta sprawy)

[Zarzut nr 10 i nr 11 — naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji]

1. Zarzut ewentualny.
2. Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu.
3. Zamawiający ocenia wyjaśnienia TSS w zakresie kalkulacji ceny ofertowej oraz jej istotnych części składowych jako rzetelne i wyczerpujące, nie budzą one wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.
4. W ocenie Zamawiającego tym bardziej nie może być zatem mowa o tym, że TSS składając ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie ma żadnych podstaw do uznania, że TSS zaniżył cenę ofertową a tym bardziej, że czynił to z premedytacją, w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej i utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku zamówień na utrzymanie oprogramowania EESSI(RINA).
5. Warto podkreślić, że wykonawcy mają prawo w sposób indywidualny kalkulować cenę ofertową co jest powszechnie uznawane, w również w orzecznictwie Izby, np. KIO 3792/21 - wyrok KIO z dnia 25-01-2022: „Trudno odmówić wykonawcom prawa do indywidualnego kalkulowania oferty, z uwzględnieniem przewidzianych dla danego zamówienia wymagań oraz własnych możliwości w tym zakresie, w tym dotyczących wysokości uzyskiwanych prowizji, czy ponoszonych kosztów’.
6. Jednocześnie, zgodnie z art. 537 pkt. 1) PZP ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. W związku z tym Zamawiający pozostawia szerszą argumentację w tym zakresie Przystępującemu TSS.

Przystępujący w piśmie z dnia 20.09.2022r.(w aktach sprawy)zarzuty uznał za bezzasadne.

Ad. zarzut nr 10 naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TSS, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę

1.

Pierwszym argumentem Odwołującego w zakresie ww. zarzutu jest następujące stwierdzenie (pkt 10.4 odwołania):

„Jak widać wyraźnie z zestawienia złożonych ofert, zaoferowana przez Wykonawcę TSS cena rażąco odbiega cen zaoferowanych przez wszystkich pozostałych wykonawców.”

Odnosząc się do powyższego Przystępujący oświadcza, że w żaden sposób nie kwestionuje zaistniałego po jego stronie obowiązku wyjaśnienia ceny oferty. Obowiązek ten był prostą konsekwencją art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Sama okoliczność zaistniałej dysproporcji w wysokości ponad 30% pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a szacunkiem Zamawiającego oraz średnią arytmetyczną cen pozostałych ofert nie oznacza jeszcze, że cena ta jest rażąco niska tj. nie pozwala na pokrycie kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Wielokrotnie bowiem zdarza się, że powstała tego rodzaju dysproporcja jest wynikiem zawyżenia cen przez pozostałych wykonawców, jak też ustalenia przez Zamawiającego budżetu zamówienia na wyższym poziomie niż może zaoferować rynek, co również może być wynikiem zawyżenia wyceny przez wykonawców uczestniczących w rozeznaniu rynku.

Uwzględniając powyższe należy zauważyć, że każdy z zainteresowanych wykonawców dysponował przed wszczęciem postępowania informacją o orientacyjnej wartości zamówienia, która ustalona została na kwotę 6 504 065,00 PLN netto tj. 7.999.999,95 zł brutto.

Dowód: wyciąg z planu postępowań NFZ (poz. 2,3.22) 24.05.2022 r.

W tych okolicznościach, bezsprzecznie, uzasadnionym ze strony wykonawców było założenie, że ostateczny budżet zamówienia nie będzie niższy od ww. kwoty. Znając przed złożeniem oferty budżet Zamawiającego praktyką części wykonawców w tej sytuacji jest kierowanie się przy konstruowaniu ceny oferty przede wszystkim szacunkami zamawiającego, a dopiero w drugiej kolejności faktyczną czasochłonnością zamówienia. Część z wykonawców „z góry” zakłada, że szacunek Zamawiającego w sposób precyzyjny uwzględnia koszty wykonania zamówienia, co prowadzi do oferowania cen zbliżonych do tego budżetu. Przystępujący podejrzewa, że właśnie w taki sposób mogli podejść do ustalenia ceny oferty pozostali wykonawcy, tym Odwołujący. Przystępujący natomiast dokonał kalkulacji swojej oferty kierując się nie budżetem Zamawiającego, ale w pierwszej kolejności sporządzoną przez siebie z należytą starannością oceną czasochłonności wykonania przedmiotu zamówienia, dostępnymi mu kosztami świadczenia usług oraz oczekiwanym przez siebie i satysfakcjonującym go poziomem zysku. Przystępujący podtrzymuje twierdzenie, że tak skalkulowana cena oferty uwzględnia faktyczną złożoność zamówienia, a zaoferowane stawki godzinowe dostępne na rynku, co wykazał w treści złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień ceny oferty

W pkt 10.9 odwołania Odwołujący wskazuje:

„Należy podkreślić, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, działają na tym samym rynku IT w Polsce i pozyskują specjalistów o podobnych kompetencjach, zatrudniają ich w tych samych lokalizacjach (miastach) i ponoszą zbliżone koszty pracy. Wykonawca TSS działa w dokładnie takim samym otoczeniu biznesowym jak pozostali wykonawcy”;

Przystępujący zaprzecza twierdzeniu Odwołującego, że Przystępujący ponosi zbliżone do niego, jak i pozostałych wykonawców koszty pracy.

W treści odwołania Odwołujący przedstawił część informacji dotyczących swoich kosztów pracy i w odniesieniu do nich Przystępujący stwierdza, że jemu dostępne są niższe koszty pracy. Treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny oferty (informacja w sprawie stawek godzinowych dla personelu wraz z dowodami) potwierdza tę tezę. Jak zatem widać, jedną z przyczyn zaoferowania przez odwołującego wyższej ceny niż w przypadku Przystępującego jest posiadanie przez niego wyższych kosztów pracy od innych wykonawców.

Odwołujący wskazuje w pkt 10.11 i 10.12:

- specyfika rynku IT, polegająca na braku na rynku odpowiedniej liczby specjalistów, powoduje, że pracownicy zatrudniani na kontraktach typu B2B również oczekują, aby w zawieranych z nimi umowach uwzględniać odpowiednie dni wolne od pracy (będące ekwiwalentem przysługującego z mocy prawa urlopu w przypadku umów o pracę).
- w kalkulacji stawki ofertowej winno się uwzględnić nieefektywność czasu pracy poświęcanego na takie czynności jak szkolenia, prace związane z procesami sprzedażowymi i inne nieefektywności. Powoduje to, że średnia miesięczna liczba roboczogodzin, którą można zafakturować do klienta końcowego, a w konsekwencji - które należy uwzględnić przy kalkulacji stawki ofertowej jest niższa, niż wynikająca z prostego iloczynu liczby dni roboczych przez liczbę godzin,

Istotne w treści złożonych wyjaśnień RNC Przystępujący wskazał, że personel dedykowany przez niego do realizacji zamówienia jest zatrudniony na podstawie umów B2B (business to business), a nie umów o pracę. Przystępujący potwierdził tę okoliczność załączając do wyjaśnień RNC umowy z wybranymi członkami personelu. Tezie tej nie powinien również zaprzeczać Odwołujący, skoro w celu potwierdzenia swoich zarzutów powołał się na ogłoszenia o rekrutacji prowadzonej przez Przystępującego, z których wprost wynika, że zatrudnia on personel właśnie na podstawie umów B2B.

Wymaga zauważenia, że wskazania Odwołującego co do niezbędnych warunków zatrudnienia personelu, tj. minimalna, czy maksymalna ilość godzin pracy; dni wolne od pracy; czas szkoleń; inne przypadki niedostępności czy nieefektywności pracy pracownika, dotyczą umów o pracę, a nie umów B2B. Gdyby warunki zatrudnienia wskazywane przez Odwołującego były stosowane w umowach z personelem, to w żadnym wypadku nie mogłyby one być kwalifikowane jako umowy B2B.

Przystępujący wykazał w treści wyjaśnień RNC, że w przeciwieństwie do Odwołującego ma dostęp do personelu, który zatrudniony jest przez niego na podstawie typowych umów B2B, a wskazywane przez odwołującego warunki zatrudnienia, podnoszące jego koszty, nie są stosowane. Przystępujący rozlicza się ze swoim personelem na podstawie zestawienia efektywnego czasu pracy, który następnie jest fakturowany klientowi. W każdym przypadku, prezentowane na koniec miesiąca przez pracownika zestawienie czasu pracy jest weryfikowane przez Przystępującego. Jak zatem widać posiada korzystniejsze warunki zatrudnienia personelu, co właśnie jest kolejną przyczyną zaoferowania przez niego niższej ceny niż Odwołujący.

W pkt 10.13 Odwołujący stwierdza:

Jak wynika z danych dostępnych publicznie na stronie internetowej Wykonawcy TS.S, oferowane pracownikom w tych profilach stawki wynoszą jak w przedstawionej tam tabeli.

W konsekwencji w pkt 10.14 Odwołujący stwierdza:

„przyjmując obliczoną wcześniej liczbę efektywnie możliwych do zafakturowania roboczogodzin dla poszczególnych profili pracowników stawka godzinowa pokrywająca wyłącznie koszty pracy wynosić może od 112,09 zł. za rbh do 160,13 zł. za rbh.”

W odniesieniu do powyższego Przystępujący potwierdza, że na swojej stronie internetowej zamieszcza oferty pracy dla ww. specjalistów z ww. poziomami wynagrodzenia. Dodać należy, że kwoty te są kwotami netto. Wymaga jednak podkreślenia, że zaprezentowana przez Odwołującego w ww. tabeli średnia stawka godzinowa (średnia za efektywną RBH), odnosząca się do wskazanych poziomów wynagrodzenia została przedstawiona w sposób nierzetelny.

Po pierwsze, jak zostało już powyżej wyjaśnione, Przystępujący zatrudnia swój personel na podstawie typowych umów B2B, a nie umów o pracę. Całkowicie zatem bezzasadnie Odwołujący dokonuje wyliczenia średniej stawki za RBH przy zastosowaniu miesięcznej ilości RBH w wysokości 124,90 (ilość wskazana w tabeli na str. 26 odwołania). Taką średnią ilość efektywnych godzin pracy (tj. godzin które podlegają zafakturowaniu) można co najwyżej przyjąć przy zatrudnieniu osób na podstawie umowy o pracę. W przypadku umów B2B, w celu ustalenia średniej miesięcznej stawki za RBH, przy podanej w procesie rekrutacji wysokości miesięcznego wynagrodzenia nie ma żadnych przeciwwskazań dla zastosowania średniej miesięcznej ilości RBH w ilości typowych 168. Oznacza to, że przy podanych w ogłoszeniu o rekrutacji poziomach wynagrodzenia, stawka godzinowa będzie niższa niż podaje to odwołujący (np. dla osoby z możliwym wynagrodzeniem w wysokości 12.000 zł netto będzie to 71 zł, a dla osoby z wynagrodzeniem 14.000 zł będzie to 83,34 zł), co zresztą jest zbliżone do stawek godzinowych Przystępującego wskazanych w wyjaśnieniach RNC.

Wyjaśniam ponadto, że wskazane w ogłoszeniu o rekrutacji minimalne i maksymalne wynagrodzenia w żaden sposób nie oznaczają automatycznie, że gwarantowana jest umownie taka wysokość wynagrodzenia. Cechą umów B2B Przystępującego ze swoim personelem dedykowanym do realizacji owego zamówienia nie jest stałe miesięczne wynagrodzenie. W każdym przypadku wysokość wynagrodzenia jest zależna od ilości faktycznie przepracowanych i zafakturowanych godzin. Okoliczność ta znajduje zresztą potwierdzenie w treści złożonych wyjaśnień RNC i wprost wynika z załączonych do nich umów z personelem.

Przystępujący wyjaśnia, że podaje w ogłoszeniu rekrutacyjnym informację w sprawie miesięcznego wynagrodzenia przede wszystkim w celu umożliwienia zorientowania się przez zainteresowane osoby na jakie średnie miesięczne wynagrodzenie mogą liczyć w razie podjęcie współpracy z Przystępującym, wysokość jest zatem zależna od ilości przepracowanych godzin oraz przyjętej w umowie stawki za RBH.

W odniesieniu do ogłoszenia rekrutacyjnego do którego referuje Odwołujący należy ponadto wskazać, że wynagrodzenie jest zależna od typu projektu w którym dana osoba bierze udział. Przystępujący dzieli bowiem swoje projekty na dwie podstawowe grupy zewnętrzne i wewnętrzne. Przy projektach wewnętrznych to Przystępujący współpracuje bezpośrednio z końcowym klientem, podejmując się realizacji poszczególnych zleceń, mając na ich realizację wpływ. Przy tego rodzaju projektach to Przystępujący zarządza czasem pracy personelu. Przy zewnętrznych projektach Przystępujący jest niejako pośrednikiem. Udostępnia on swój personel klientowi, który dysponuje i zarządza czasem pracy personelu na co Przystępujący ma ograniczony wpływ.

Uwzględniając powyższe, stawka osobowa za RBH przy projektach wewnętrznych jest niższa niż w przypadku projektów zewnętrznych. Mając pełną kontrolę nad czasem pracy personelu jest w stanie zaoferować niższą stawkę za jego pracę. Z kolei w przypadku projektów zewnętrznych, udostępniony personel musi być w pełni samodzielny, co rodzi konieczność oferowania wyższych stawek.

Przedmiotowe zamówienie kwalifikuje się do kategorii projektów wewnętrznych. (...) Oznacza to, że średnia miesięczna wyszczególnionego przez Odwołującego personelu wynosiłaby 12.250 zł netto tj. 15,067 zł brutto co daje średnią stawkę za RBH w wysokości 89,68 zł brutto, przy uwzględnieniu 168h/nłc. Błędnie stwierdza Odwołujący w treści odwołania, że:

„ stawka godzinowa pokrywająca wyłącznie koszty pracy wynosić może od 112,09 zł. za rbh do 160,13 zł. za rbh. Zestawiając powyższe dane z zaoferowaną przez TSS stawką brutto 137,69 zł. (czyli netto 111,94 zł.) za rbh oczywistym jest, że nie jest możliwe wykonanie w tej cenie przedmiotu zamówienia”.

Gdyby zatem nawet kierować się stawkami z ogłoszenia rekrutacyjnego, to przywołana przez Odwołującego stawka za RBH z oferty Przystępującego tj. 137,69 zł brutto, w pełni pokrywałaby koszty pracy, pozostawiając dużą kwotę na pokrycie pozostałych kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. W tych okolicznościach uzasadnione jest stwierdzenie, że przywołany przez Odwołującego dowód tj. ogłoszenie rekrutacyjne zaprzecza tezie o rażąco niskiej cenie, a zarazem potwierdza wiarygodność przedłożonych przez Przystępującego wyjaśnień RNC, w tym dowodów dotyczących kosztów pracy.

Przystępujący stwierdza zatem, że treść złożonych przez niego wyjaśnień RNC potwierdza, że jest mu dostępny personel świadczący swoje usługi po stawkach znajdujących pokrycie w cenie oferty. W celu wykazania tej okoliczności załączył do wyjaśnień kopie umów z wybranymi członkami personelu, a także przedstawił ofertę podwykonawcy Proacta sp. z o.o. udostępnienia zasobów kadrowych.

Realność wskazanych w wyjaśnieniach RNC stawek za RBH (tabele ze str. 3 i 4 wyjaśnień RNC) znajduje ponadto potwierdzenie w treści raportu firmy Hays, który również złożony został wraz z wyjaśnieniami ceny oferty. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie zakwestionował twierdzenia Przystępującego, że jego koszty osobowe, znajdują potwierdzenie w treści raportu płacowego firmy Hays. Odwołujący stwierdził jedynie (pkt 10.16 odwołania), że:

„ raport Hays zawiera ogólne informacje na temat wynagrodzeń i z pewnością nie może być traktowany jako nadrzędny nad informacjami o wynagrodzeniach stosowanych przez samego Wykonawcę TSS

Odnosząc się do powyższego Przystępujący potwierdza ponadto, że raport ten nie jest, jak to określił Odwołujący, nadrzędny nad wynagrodzeniami stosowanymi przez

Przystępującego, ale on wskazuje rynkowe poziomy wynagrodzeń personelu w zakresie przedmiotowych usług, a w konsekwencji potwierdza on realność założonych w wyjaśnieniach RNC stawek godzinowych personelu Przystępującego.

W pkt 10. 15 i 10.17 Odwołujący stwierdza:

– „Być może Wykonawca TSS sporządzając kalkulację ceny popełnił rażący błąd, uwzględniając przy obliczeniach stawkę wynikającą jedynie z umów z pracownikami i bez uwzględnienia jakichkolwiek innych kosztów”.

– „Oprócz okoliczności, że oferowana przez Wykonawcę TSS stawka za roboczogodzinę jest niższa niż faktyczne koszty zatrudnienia, należy także zwrócić uwagę, że tak niska stawka nie jest w stanie uwzględnić pozostałych kosztów realizacji usługi, w tym kosztów wynikających z wymagań SIWZ — np. koszty gwarancji, koszty dojazdu do siedziby Zamawiającego, koszty zdalnego dostępu, koszty ponoszone w ramach okresu przejściowego, koszty zarządzania projektem, koszty administracyjne i biurowe (obejmujące koszty mediów, podatku od nieruchomości, koszty najmu powierzchni biurowej), koszty zapewnienia i obsługi pracy, koszty infrastruktury deweloperskiej.”

Przystępujący wykazał, że zarzuty odwołania bazują na błędnie określonych kosztach pracy, które na użytek odwołania zostały sztucznie zawyżone. W konsekwencji błędne jest stwierdzenie Odwołującego, iż cena oferty pokrywa jedynie koszty osobowe.

W treści złożonych wyjaśnień RNC Przystępujący wykazał, że w cenie oferty, poza kosztami osobowymi uwzględnione zostały również koszty ogólne, a także przewidziany został znaczący zysk.

W pkt 10.16 odwołania Odwołujący stwierdza:

-Z udostępnionych Odwołującemu załączników nie wynika jednakże nic, co mogłoby stanowić jakiegokolwiek uzasadnienie dla zastosowania wskazanych w ofercie wykonawcy TSS stawek.

-Co do pozostałych załączników — Odwołujący nie posiada dostępu do ich treści, nie może zatem sformułować merytorycznych zarzutów, jednak niezależnie od ich treści kwestionuje je jako niewystarczające. Niemożliwym jest bowiem wykazanie za ich pomocą tak niskiej stawki inaczej, niż w sposób manipulacyjny przedstawianie nieadekwatnego składu zespołu w celu zaniżenia prezentowanego w wyjaśnieniach składnika kosztów wynagrodzeń.

Zacytowane wyżej stwierdzenia Odwołującego wskazują, że jego zasadniczą tezą jest twierdzenie, że Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za pomocą nieadekwatnego składu zespołu, co skutkowało zaniżeniem przez niego wysokości wynagrodzenia. Twierdzenie to jest całkowicie bezzasadne.

W treści złożonych wyjaśnień przystępujący w sposób precyzyjny przedstawił skład i funkcje zespołu przewidzianego do realizacji zamówienia. Na stronie 3 i 4 wyjaśnień Przystępujący wskazał ilości RBH dla każdego z członków zespołu w trakcie realizacji części utrzymaniowej oraz części rozwojowej. Ponadto, w treści załącznika do wyjaśnień tj. szczegółowej kalkulacji RBH w zakresie części zamówienia obejmującej utrzymanie systemu Przystępujący doprecyzował zakres czynności i czasochłonność pracy członków zespołu w odniesieniu do szczegółowego zakresu zadań w części utrzymaniowej.

Uwzględniając powyższe brak jest podstaw do zakwestionowania wyjaśnień w powyższym zakresie. Zostały one zaakceptowane przez Zamawiającego jako adekwatne do przedmiotu zamówienia. Z kolei odwołujący nawet nie podjął próby wskazania jaki jego zdaniem winien być skład oraz zaangażowanie czasowe zespołu przewidzianego do realizacji zamówienia.

Pkt 10.18.1 odwołania — zarzut braku uwzględnienia kosztów ogólnego zarządu oraz kosztów administracyjnych i biurowych (obejmujące koszty mediów, podatku od nieruchomości, koszty najmu powierzchni biurowej), kosztów zapewnienia i obsługi miejsca pracy.

Przystępujący podnosi, że treść złożonych przez niego wyjaśnień RNC zaprzecza ww. tezie Wyjaśnienia te potwierdzają, że w kalkulacji ceny oferty uwzględniane zostały, w dotyczącej usług utrzymaniowych jak i rozwojowych, ww. kategorie kosztowe.

Uzasadniając powyższe Przystępujący zwraca uwagę na str. 7 wyjaśnień, gdzie wskazane zostały, odrębnie dla części utrzymaniowej oraz rozwojowej, kwoty kosztów ogólnych. Na stronie 5 i 6 wyjaśnień opisane zostały i wyjaśnione zostały składowe ww. kategorii kosztowej. W celu wykazania realności kosztów biura Przystępujący przedstawił dotyczącą go umowę najmu oraz powołał się na okoliczność oczywistą, że koszty te pokrywane są z

realizacji szeregu projektów, a nie tylko jednego zamówienia.

Odnosząc się do kosztów zamówienia innych niż koszty osobowe Przystępujący zwraca ponadto uwagę na kwotę rezerwy jako uwzględniona została w pozycji „koszty osobowe” w tabeli na stronie nr 7 wyjaśnień. Kwota kosztów osobowych sensu stricto (bezpośrednie koszty osobowe), w części utrzymaniowej wynika bowiem z tabeli ujętej na str. 3 wyjaśnień i jest ona wyraźnie niższa od kwoty kosztów osobowych wskazanej w tabeli podsumowującej zawartej na str. 7 wyjaśnień. Wymaga wyjaśnienia, że ta dodatkowa kwota dedykowana jest na pozycję „rezerwa na ryzyka”, która wyszczególniona została na str. 1 wyjaśnień jako jedna z pozycji kosztowych i opisana na str. 7 wyjaśnień. Kwota ta obejmuje w sobie ponadto koszty zarządzania projektem wyszczególnione na str. 6 wyjaśnień, które to w zasadniczym zakresie realizowane są poprzez eksperta z poz. 4 personelu udostępnionego przez Proacta sp. z o.o. (str. 4 oferty Proacta).

W celu ułatwienia zapoznania się z poszczególnymi pozycjami kosztowymi wyszczególnionymi w treści złożonych wyjaśnień RNC Przystępujący składa w załączeniu doprecyzowującą kalkulację.

Dowód: doprecyzowująca kalkulacja (TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA)

Podsumowując powyższe, wymaga zauważenia, że łącznie, na realizację zamówienia, w wyłączeniu bezpośrednich kosztów osobowych, przeznaczona została znacząca kwota. Brak jest podstaw do twierdzenia, że kwota ta nie pozwoli na pokrycie kosztów innych niż bezpośrednio koszty osobowe. Te pozostałe koszty, jak wskazywał Przystępujący w treści swoich wyjaśnień są niewielkie, a z pewnością nie znacząco niższe niż w przypadku tego rodzaju przedsiębiorców co Odwołujący. Nie sposób choćby porównywać kosztów zarządu, czy kosztów administracji Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący jest jedną z największych firm informatycznych w Europie, zatrudniającą na koniec 2019 ponad 6.500 osób, posiadającą biuro w 18 miastach w Polsce. Według danych za 2020r. Prezes Zarządu Odwołującego zarobił 18,8 mln zł. Z kolei Przystępujący aktualnie zatrudnia 78 osób, jedno biuro, a Prezes Zarządu Przystępującego, jak zostało to zresztą wskazane w treści złożonych wyjaśnień RNC, jest bezpośrednio zaangażowany w realizację projektów.

Formułując zarzut rażąco niskiej ceny Odwołujący nie powinien zatem porównywać kosztów ogólnych ponoszonych przez swoją firmę do kosztów ponoszonych w tym zakresie przez Przystępującego. Jest to co najmniej nierzetelne podejście.

Pkt 10.18.2 odwołania -zarzut braku uwzględnienia kosztów sprzedaży i marketingu

Przystępujący wskazuje, że ww. kategoria kosztowa nie jest obligatoryjna i nie musi wystąpić w każdym przypadku. W przypadku firmy Przystępującego ww. koszty, o ile w ogóle, co najwyżej mogą mieć marginalne znaczenie. Brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że ewentualne koszty w tym zakresie nie mogłyby być pokryte z kwoty przeznaczonej przez Przystępującego na koszty ogólne.

Dodać należy, że formułując ww. zarzut Odwołujący nawet nie podejmuje próby wskazania na jakli poziomie koszty tego rodzaju winny być skalkulowane.

Pkt 10.18.3 odwołania — zarzut braku uwzględnienia kosztów zarządzania projektem, analizy i wyceny zleceń.

Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny. W pkt 7 lit. a niniejszego pisma Przystępujący potwierdził i wykazał, że w treści złożonych wyjaśnień RNC uwzględnione zostały koszty w powyższym zakresie. Ponownie wskazać należy, że formułując ww. zarzut Odwołujący nawet nie podejmuje próby nawet wskazania na jakim poziomie koszty te powinny być skalkulowane.

Pkt 10.18.4. odwołania - zarzut braku uwzględnienia kosztów zapewnienia gwarancji.

Przystępujący zwraca uwagę, że po upływie 24 miesięcy świadczenia okresu świadczenia usług utrzymaniowych, utrzymanie systemu przejęte zostanie przez innego wykonawcę. Z doświadczenia wynika, że w tej sytuacji tj. gdy usługi utrzymaniowe realizowane są przez innego wykonawcę, istnieje niewielkie ryzyko konieczności świadczenia czynności w ramach gwarancji o których wspomina Odwołujący. Gdyby natomiast wystąpiło to ryzyko, to koszty w tym zakresie zostaną pokryte w ramach znaczącej kwoty marży przewidzianej przez

Przystępującego, która z natury służyć może do pokrycia kosztów nieprzewidzianych.

Ponownie dodać najeży, że formułując ww. zarzut Odwołujący nawet nie podejmuje próby wskazania na jakim poziomie kaszty tego rodzaju winny być skalkulowane.

Pkt 10.18.15 odwołania - zarzut braku uwzględnienia kosztów ponoszonych w okresie przejściowym.

Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny. W treści złożonych wyjaśnień (dokument „szczegółowa kalkulacja RHB w zakresie części zamówienia obejmującej utrzymanie systemu”) Przystępujący wykazał, że koszty w okresie przejściowym zostały uwzględnione w cenie oferty, a także przedstawił sposób ich obliczenia. Zaoferowana cena za 24 miesięczny okres świadczenia usługi obejmuje w sobie zakres RBH przewidziany do realizacji w 3 miesięcznym, bezpłatnym okresie przejściowym, poprzedzającym okres świadczenia usługi utrzymania. Warto ponadto zauważyć, że wskazana odwołaniu, a szacowana przez niego ilość RBH w okresie przejściowym w zasadzie pokrywa się z szacunkami Przystępującego. To potwierdza, że rzetelne i prawidłowe były kalkulacje i założenia Przystępującego w zakresie założonych ilości RBH niezbędnych do wykonania utrzymaniowej. Potwierdza to ponadto, że spór pomiędzy stronami w zasadzie dotyczy realności stawek za RBH.

Pkt 10.18.6 odwołania zarzut braku uwzględnienia kosztów budowy i późniejszego utrzymania środowisk testowych

Przystępujący wskazuje, że na koszty budowy środowisk testowych składają się wyłącznie koszty dotyczące serwerów oraz koszty osobowe. W odniesieniu do kosztów osobowych wyjaśniano, że zostały one skalkulowane w kosztach osobowych bezpośrednich. W tabelce ujętej na str.3 wyjaśnień RNC ujęte zostały koszty osób na stanowiskach: dev ops oraz senior, które to obejmują w sobie m.in koszty osobowe budowy środowisk testowych. Z kolei koszty serwerowe ujęte zostały w kosztach osobowych pośrednich co potwierdza załącznik do niniejszego pisma.

Pkt 10.18.7 odwołania — zarzut braku uwzględnienia kosztów budowy i zapewnienia środowiska deweloperskiego

Przystępujący wyjaśnia, że wskazywane przez Odwołującego ww. koszty są tymi samymi, o których wspomina on w pkt 10.18.6 odwołania, a zatem wyjaśnienie w tym zakresie zawarte jest powyżej w pkt 7 lit. f) niniejszego pisma.

Pkt 10.18.8 odwołania — zarzut braku uwzględnienia kosztów realizacji prac w trybie

24/7/365

Zarzut powyższy jest bezzasadny.

Przystępujący zwraca uwagę na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 2 do SWZ, gdzie wskazał on:

„wszystkie dotychczasowe zgłoszenia techniczne rejestrowane w ramach usługi utrzymania, rejestrowane przez użytkowników Systemu zgłoszone były w dni robocze między godzinami

7:00 - 17:00, ”

Powyższe oznacza, że ryzyko pojawienia się konieczności reakcji poza godzinami pracy Zamawiającego jest niewielkie, co przekłada się na realnie niższe koszty dodatkowe w tym zakresie.

Przystępujący wskazuje zatem, że wymóg SWZ dotyczący monitorowania stanu (dostępności) systemu EESSI w trybie 24/7/365 odbywa się przy wykorzystaniu standardowego, oprogramowania open source [np. ZABIX). Oprogramowanie to w sposób zautomatyzowany powiadamia personel wykonawcy, poprzez wysłanie wiadomości email oraz sms o wystąpieniu błędu Z kolei, skalkulowane przez Przystępującego koszty świadczenia usług utrzymaniowych uwzględniają również konieczność ich realizacji w reżimie SLA Wskazane w wyjaśnieniach ceny zaangażowanie czasowe poszczególnych członków zespołu uwzględnia bowiem w sobie również ich czas pracy w reżimie SLA.

W pkt 10,21 w odniesieniu do kosztów utrzymania Odwołujący stwierdza:

- każda z wyżej wymienionych czynności powinna być skalkulowana w ofercie wykonawcy, a w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny sporządzonych na wezwanie Zamawiającego winno się znaleźć szczegółowe wyliczenie pracochłonności tych czynności i ich odniesienie na cenę usługi utrzymania. Jeżeli Wykonawca TSS nie zawarł w swoich wyjaśnieniach precyzyjnych wyliczeń, które jednocześnie uprawdopodobniają, iż realizacja wymienionych wyżej czynności będzie wykonywana zgodnie z SWZ, to oznacza, że nie sprostął ciężącemu na nim udowodnienia, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień RNC potwierdza, zresztą zgodnie z oczekiwaniami odwołującego, że każda z wyszczególnionych pozycji kosztowych została skalkulowana w cenie oferty. Kluczowym dokumentem wyjaśnień jest szczegółowa kalkulacja RBH w części utrzymaniowej, która w sposób niepozostawiający wątpliwości potwierdza, że każde z wymagań SWZ uwzględnione zostało w kalkulacji ceny oferty.

Tym samym zarzuty 10 i 11 nie potwierdziły się.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jako całość są wiarygodne, rzetelne, ujawniają przyjęte przez wykonawcę założenia. a wartości przyjęte do kalkulacji ceny nie są nierzetelne, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty. W konsekwencji przedstawionych wyjaśnień przyjąć należy, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę jest ceną umożliwiającą prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający dokonał analizy wyjaśnień oraz uznał je za wystarczające i przekonujące. Oceniając realność zaoferowanej przez wykonawcę ceny uwzględniono również posiadaną przez niego wiedzę i znajomość rynku oraz obowiązujące ceny i stawki, na którym będzie realizowana usługa i na tej podstawie stwierdzono że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy”.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku, nie stwierdzając naruszenia przepisów ustawy Pzp., które miałyby jakikolwiek wpływ na wynik postępowania, a co dałoby podstawę do uwzględnienia odwołania w myśl art.554 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp. i co przekłada się na stwierdzenie, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 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), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisów od odwołania, uiszczony przez odwołujących w kwocie 15.000,00 złotych. Pełnomocnik zamawiającego nie złożył wniosku kosztowego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: