Sygn. akt: KIO 778/23

WYROK

z dnia 6 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez wykonawcę Sygnity Business Solutions Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwową Akademię Nauk Stosowanych w Przemyślu

przy udziale wykonawcy American Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 i nakazuje zamawiającemu Państwowej Akademii Nauk Stosowanych w Przemyślu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy American Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zamawiającego po połowie i:

   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   3.2. zasądza od zamawiającego Państwowej Akademii Nauk Stosowanych w Przemyślu na rzecz odwołującego Sygnity Business Solutions Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu należnej części uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 778/23

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

Zamawiający Państwowa Akademia Nauk Stosowanych w Przemyślu (dalej jako „Zamawiający”, dawniej Państwowa Wyższa Szkoła Wschodnioeuropejska w Przemyślu”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup w formie licencji dostępowej (wieczystej) wraz z wdrożeniem systemu bibliotecznego w Państwowej Wyższej Szkole Wschodnioeuropejskiej w Przemyślu” (nr ref. PWSW-DZP/382/I/03/22). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 140-397503. Do ww. postępowania o udzielenie

zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 20 marca 2023 r. wykonawca Sygnity Business Solutions Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty American Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Przystępujący”) pomimo, iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, a Zamawiający - wbrew ciążącym na nim zobowiązaniu - nie odtajnił i nie udostępnił Odwołującemu istotnych informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego w postaci załącznika nr

6, 7 i 8 do odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 23 lutego 2023 r., z uwagi na brak spełnienia przez Odwołującego przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia oraz fakt, iż w części nie stanowią one informacji spełniających przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.");

2. art. 16 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego pomimo tego, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3. art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 oraz 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, iż oferta przez niego złożona jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienia zastrzeżonych przez Przystępującego informacji w zakresie objętym załącznikiem nr 6, 7 i 8 odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 23 lutego 2023 r., odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu, gdyż w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając pierwszy z zarzutów Odwołujący wskazał w szczególności, iż żaden z argumentów przywoływanych w uzasadnieniu utajnienia nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziściły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zdaniem Odwołującego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia istnienia wartości gospodarczej informacji. W zakresie odnoszącym się do wartości gospodarczej uzasadnienie Wykonawcy zostało kompletnie pominięte. Nie sposób z niego ustalić jaką konkretnie wartość gospodarczą posiadają zastrzeżone informacje dla wykonawcy i w czym ona się objawia ponad to, że być może stanowiłaby cenne źródło informacji dla konkurencji. Odwołujący podkreślił, iż uzasadnienie nie precyzuje jakiego rodzaju wartość stanowią zastrzeżone informacje, a przede wszystkim jaka według wykonawcy jest ich realna wartość. Samo stwierdzenie, że ujawnienie zastrzeżonych informacji może stanowić cenne źródło informacji dla innych podmiotów jest zupełnie gołosłowne, a wykonawca nie pokusił się nawet o wyjaśnienie w jaki sposób wpływałoby to negatywnie na działalność jego przedsiębiorstwa, a w szczególności jaka jest wartość uszczerbku (przynajmniej szacunkowo), jaki z tego tytułu wykonawca miałby ponieść. Wykonawca nie wykazał także, że w ogóle zagrożenie skorzystania z „cennego źródła informacji" realnie istnieje, czy miało już miejsce i jaka szkoda dla Wykonawcy z tego tytułu wynikła. Przystępujący nie wykazał ani tego, że powoływane przez niego zagrożenie ma charakter realny, nie określił ani w sposób pozytywny, ani negatywny jaka jest wartość gospodarcza zastrzeżonych w wykazie informacji, stąd też zastrzeżenie ich, choćby z tego tytułu jest z całą pewnością bezpodstawne. Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO na potwierdzenie prezentowanego stanowiska. Odwołujący wskazał, iż całe uzasadnienie w zakresie wartości gospodarczej obejmuje kilka lakonicznych zdań. Jest sztampowe, niezindywidualizowane dla wykonawcy i w żaden sposób nie zostało uprawdopodobnione, a jego przeważającą część zajmują cytaty z orzeczeń, których nie można uznać za element wykazania istnienia przesłanek zastrzeżenia informacji. Dalej Odwołujący podniósł, iż stwierdzenie Przystępującego, że informacje w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych, zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, powstały na potrzeby

postępowania o zamówienie publiczne, świadczy o niezrozumieniu w czym przejawia się wartość handlowa informacji, jakie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Stwierdzenie, że kalkulacja jest tajemnicą tylko z tego powodu, że powstała na potrzeby tego konkretnego zamówienia świadczy o czymś zupełnie przeciwnym, a mianowicie o tym, że nie jest ona wynikiem jakiejś istniejącej wcześniej strategii Wykonawcy, która poprzez jej ujawnienie mogłaby zostać ujawniona. Ewentualne jej ujawnienie nie spowoduje żadnego uszczerbku w interesie tego wykonawcy, gdyż ma ona charakter jednorazowy i unikalny, tworzony każdorazowo w oparciu o inne zasady na potrzeby kolejnych postępowań przetargowych.

Zdaniem Odwołującego również przesłanka wskazująca na to, iż informacje takie jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób nie została przez wykonawcę wykazana. Przystępujący nie załączył żadnych dokumentów uprawdopodobniających okoliczność, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe przez nich do ustalenia. Sam fakt dokonania szczegółowej kalkulacji ceny nie przesądza o jej poufnym charakterze. Odwołujący powołał się na orzecznictwo dotyczące tej problematyki. Wskazał też, że w toku postępowania przetargowego Izba odtajniła wykaz osób, który wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadniając ją w sposób niemalże analogiczny jak ten uwzględniony w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 23 lutego 2023 r. Ponadto Przystępujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał średnie miesięczne wynagrodzenia dla poszczególnych specjalistów zatrudnionych u wykonawcy, co wskazuje, że wykonawca nie traktuje informacji o wysokości wynagrodzeń swoich pracowników/współpracowników jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a na pewno, nie stosuje żadnych środków, które by na to wskazywały. Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie wykazał również, że podjął jakiekolwiek działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności, wszystkie stwierdzenia Przystępującego są gołosłowne i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Brak jest więc jakiegokolwiek dowodu na to, iż zapisy klauzul o poufności, o jakich pisze wykonawca zostały wdrożone w rzeczywistych umowach, ani też, aby została podjęta w przedsiębiorstwie Przystępującego uchwała dotycząca obowiązku stosowania tego typu klauzul w umowach z pracownikami, albo aby wdrożono jakąkolwiek procedurę postępowania z informacjami chronionymi, w tym z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Trudno

przyjąć, aby Wykonawca, który jak twierdzi wdrożył stosowne procedury, stosuje określone klauzulę w umowach etc. miał jakiekolwiek problemy z uprawdopodobnieniem swoich twierdzeń w zakresie podjęcia działań zmierzających do zachowania ich w poufności i to nie tylko w teorii, ale też w praktyce. Załączone przez

wykonawcę „klauzule o poufności" nie stanowią wyciągów z rzeczywiście zawartych umów ze współpracownikami, a są jedynie blankietowymi projektami takich zobowiązań. Powyższe jedynie potwierdza, że wykonawca nie stosuje żadnych umów o poufności ze współpracownikami, gdyż w przeciwnym razie załączyłby wyciągi z takowych umów. Odnosząc się do podkreślanego przez Przystępującego twierdzenia, że jest on zobowiązany jedynie do wykazania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie do jego udowodnienia, Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO, podkreślając, że Przystępujący prócz gołosłownych twierdzeń nie wykazał, że podjął działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Uzasadniając drugi zarzut Odwołujący podniósł, iż jednym z wymagań Zamawiającego dla wdrożenia systemu bibliotecznego było zapewnienie subskrypcji licencji API EDS EBSCO przez okres 10 lat wraz z integracją poprzez interfejs API wyszukiwarki naukowej EBSCO Discovery Service z systemem bibliotecznym wykonawcy (wymaganie zawarte w pkt V OPZ). Przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień w dniu 22 listopada 2022 r. wskazał, iż „licencje EBSCO są dostarczane wszystkim uniwersytetom i instytucjom badawczym w Polsce znajdujących się na liście (…) w ramach licencji krajowej, opłacanej przez Ministerstwo Edukacji i Nauki. Stosowne informacje znajdują się m.in. na stronie: (…). Wykonawca dodatkowo w wycenie zabezpieczenia projektu przewidział możliwość finansowania licencji EBSCO w razie zaprzestania finansowania przez Ministerstwo Edukacji i Nauki. Wykonawca wyjaśnia, że w przypadku finansowania przez Ministerstwo Edukacji i Nauki licencji krajowej przez wymagany okres tj. 10 lat, marża wykonawcy zostanie powiększona o zakładane zabezpieczenie". Jak wynika z treści złożonych wyjaśnień w cenie oferty (pozycja zabezpieczenie projektu) Przystępujący przewidział jedynie koszt, którym miała być niewiadoma co do wysokości kwota, którą wykonawca ten miałby wydatkować na potrzeby zakupu dodatkowych licencji, jakie byłyby potrzebne w przypadku wygaśnięcia umowy zawartej przez MEiN do końca okresu 10- letniego (Odwołujący przypuszcza, że Przystępujący nie był w stanie nawet oszacować tej kwoty zarówno z uwagi na brak wiedzy co do warunków umowy zawartej przez MEiN z EBSCO, jak i z uwagi na brak informacji o cenach licencji EBSCO, które musiały być zapewnione do realizacji zamówienia). Odwołujący podniósł, iż wykonawca założył wykorzystanie na potrzeby realizacji zamówienia darmowych licencji EBSCO host zapewnianych przez MEiN, tymczasem wykorzystanie tychże licencji na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia była niewystarczające, gdyż jak wynikało z wyjaśnień Zamawiającego konieczne było uwzględnienie kosztu wdrożenia odpłatnej licencji innego produktu firmy EBSCO - API EDS EBSCO. Jako, że koszt ten stanowi istotną wartość w kontekście całkowitej wartości zamówienia, stąd informacja ta może przesądzać, iż wykonawca nie uwzględnił w wycenie wszystkich kosztów związanych z

realizacją przedmiotu zamówienia. W związku z tym, że Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego z postępowania z innych przyczyn (z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) uznał wówczas za niecelowe przeprowadzanie badania oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Tym niemniej wskazał w piśmie zawierającym podstawę odrzucenia jego oferty w uzasadnieniu, iż z jego punktu widzenia Wykonawca zaniechał zaoferowania w ofercie odpłatnych licencji, których koszt według Zamawiającego powinien oscylować w granicach ok. 460 tys. zł. Jako że kwota ta nie korespondowała z wysokością żadnej z pozycji kalkulacji uznał on, że de facto kwota ta w kalkulacji nie została uwzględniona. Odwołujący wyjaśnił, iż na skutek kolejnego postępowania odwoławczego Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Przy wyjaśnieniu pozycji „Zabezpieczenie projektu" Przystępujący wskazał: „Z uwagi na wskazanie w niektórych miejscach OPZ, że wystarczająca dla Zamawiającego będzie licencja EBSCO host, koszt licencji EBSCO Discovery Service ujmowany był w zabezpieczeniu projektu. Wyliczenia kosztu licencji EBSCO Discovery Service opierają się na ofertach jakie Wykonawca (a wcześniej partner biznesowy Wykonawcy) otrzymali bezpośrednio od EBSCO. Dowód: e-mail z dnia 22 grudnia 2022 r. od przedstawiciela EBSCO, e-mail z dnia 14 czerwca 2022 r. od przedstawiciela EBSCO. Koszt licencji przy kursie wymiany USD przyjętym na 5 zł przedstawia się następująco (…)."

W ocenie Odwołującego działania Przystępującego kwalifikują się do uznania ich za takie, których celem jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie okoliczności mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych w postępowaniu. W kontekście opisanego powyżej stanu faktycznego, w zakresie informacji udzielonych w toku wyjaśnień Wykonawcy American Systems dotyczących okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny pojawia się nieprawdziwe stwierdzenie dotyczące tego, że koszt ten był od początku kalkulowany w cenie oferty. Wynika to z kilku okoliczności. Przede wszystkim stwierdzenie to jest sprzeczne z treścią pierwotnych wyjaśnień tego wykonawcy, który wyraźnie wskazał na uwzględnienie w ofercie zaoferowania niewłaściwych „bezpłatnych" licencji EBSCO host, zamiast właściwych płatnych licencji API EDS EBSCO, czego skutkiem było „uwzględnienie" w cenie jedynie niewielkiego kosztu, który miał wynikać z obowiązku zapłaty za licencje w okresie po wygaśnięciu tych licencji udostępnianych przez MEiN. Po drugie niemożność uwzględnienia tego kosztu w koszcie wykonania przedmiotu zamówienia wynika z tego, że Przystępujący aż do grudnia 2022 r. nie posiadał wiedzy na temat kosztu, jaki winien był uwzględnić w swojej ofercie. Co prawda wykonawca ten stara się stworzyć pozory tego, że wiedzę na temat poziomu tego kosztu posiadał jeszcze przed złożeniem oferty, ale nie sposób w żaden sposób temu zapewnieniu dać wiary. Jedynym bowiem dowodem na to, że Przystępujący mógł założyć określoną aktualnie kwotę za licencje

EBSCO jest treść korespondencji e-mail kierowanej przez pracownika EBSCO do pracownika firmy Bonasoft w sprawie oferty na licencje API EDS EBSCO na potrzeby realizacji wdrożenia w Politechnice Częstochowskiej. Odwołujący wskazał jednak, że oferta ta była kierowana przez EBSCO do innego podmiotu (któremu mogły przysługiwać inne poziomy cenowe w zakresie oferty na określone produkty, co jest częstą praktyką w zakresie zakupów licencji), na rzecz innego klienta i na inny okres niż oczekiwany w tym postępowaniu. Co więcej brak jest jakiegokolwiek dowodu na okoliczność tego, aby korespondencja ta lub informacja w tym zakresie została przekazana przez pracownika Bonasoft do Przystępującego. Odwołujący wskazał też, iż kwoty wynikające z oferty (2 różne wersje: jedna na kwotę 3.900 dol. +

VAT, druga na kwotę 4.900 dol. + VAT) mają się nijak do ostatecznej oferty otrzymanej z EBSCO, zgodnie z którą każdy rok jest wyceniony na inną kwotę oscylującą od 4.200 dol. do przeszło 5.000 dol. Jeśli więc do grudnia 2022 r. Przystępujący nie posiadał oferty EBSCO, to nie mógł założyć konkretnego kosztu w wysokości 282.826,20 zł brutto, ponieważ kwoty tej nie dało się ustalić z danych posiadanych przez wykonawcę w momencie składania oferty. Co więcej fakt ten w jeszcze większym stopniu podkreśla zmienność stanowiska w tym zakresie wykonawcy, który choćby jeszcze na etapie składania ostatniego odwołania wskazywał na kwotę kosztu licencji EBSCO na poziomie około 250 tys., w przeciwieństwie do wskazywanej obecnie kwoty 282 tys. zł. Jest to także ciekawa zmiana biorąc pod uwagę wysokość tej rozbieżności, która jest przecież wyższa niż część poszczególnych pozycji kalkulacji Wykonawcy.

Znamiennym w ocenie Odwołującego wydaje się fakt, iż od samego początku aż do chwili obecnej największy koszt w całej kalkulacji Przystępującego nosi nazwę „Zabezpieczenie projektu". Jeśli przyjąć, iż od samego początku wykonawca miałby zakładać, że całość tej pozycji stanowić ma koszt jednego elementu cenowego – tzn. licencji API EDS EBSCO, to nadanie takiej nazwy tej pozycji kosztowej jest zupełnie bezsensowne. Jednakże biorąc pod uwagę okoliczności całej sprawy przedstawione powyżej, a także zasady logiki i doświadczenia życiowego należy dojść do wniosku, iż w pozycji „Zabezpieczenie projektu" nigdy – do czasu wykazania wykonawcy przez Zamawiającego obowiązku zaoferowania odpłatnej licencji – nie były skalkulowane koszty zakupu tych licencji. A zatem oświadczenie złożone aktualnie, pozostając w sprzeczności z wcześniejszymi wyjaśnieniami Wykonawcy, zawiera nieprawdziwą informację w zakresie uwzględnienia w ofercie kosztów licencji API EDS EBSCO. Jako że okoliczność ta ma istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego w postępowaniu (przyjęcie, że koszt ten nigdy nie był wzięty pod uwagę przy kalkulacji oferty musiałby powodować skutek w postaci odrzucenia oferty American Systems zarówno z uwagi na jej treść byłaby niezgodna z warunkami zamówienia, ale ponadto zawierałaby cenę rażąco niską), stąd też wniosek o

konieczności wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 jest jak najbardziej zasadny. Odwołujący dodał, że nawet składając wyjaśnienia wykonawca może dopuścić się złożenia nieprawdziwego oświadczenia mającego wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut trzeci dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na niewystarczające wyjaśnienia złożone przez Przystępującego. Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający w wyroku o sygn. akt: KIO 3468/22 i KIO 3498/22 Izba wskazała, iż pomimo tego, że Wykonawca był wcześniej wzywany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to jednak z uwagi na brak precyzji Zamawiającego w sformułowaniu swojego wezwania konieczne jest ponowne sformułowanie przez Zamawiającego żądania udzielenia wyjaśnień. Tym niemniej zarówno Izba, jak i działający w świetle jej wyroku Zamawiający uznali za uzasadnione oczekiwania Odwołującego sformułowane w ramach poprzedniego odwołania co do konieczności szczegółowego przedstawienia poszczególnych elementów kalkulacji przedstawionej w wyjaśnieniach z listopada 2022 r. Odwołujący powołał stosowny fragment uzasadnienia ww. wyroku. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący już po raz drugi został wezwany do złożenia wyjaśnień i powinien zrobić wszystko co w jego mocy, aby jego wyjaśnienia okazały się na tyle wyczerpujące, a jednocześnie logiczne, wewnętrznie spójne i poparte dowodami, aby Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do tego, czy cena jego oferty obejmuje wszystkie elementy kosztowe niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia. Jednak w ocenie Odwołującego przedstawione wyjaśnienia nie tylko nie rozwiewają pojawiających się wątpliwości, ale wręcz rodzą jedynie kolejne wątpliwości. Przede wszystkim wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy są nad wyraz ogólnikowe, w dużej mierze niezwiązane z treścią złożonej oferty i nie zawierają jakichkolwiek argumentów, które mogłyby jakkolwiek uzasadnić zaoferowaną cenę. Co więcej są wprost sprzeczne z treścią złożonej oferty, a to znaczy również, że są nieprawdziwe. Pomimo obowiązku wyjaśnienia co wchodzi w zakres poszczególnych pozycji kosztowych przedłożonych w pierwszych wyjaśnieniach, Przystępujący zamiast opisu szczegółowych założeń złożył wyjaśnienia w których opis każdej pozycji kosztowej opisanej w Kalkulacji 1 został „wyjaśniony" w raptem kilku wersach. Treść wyjaśnień w żaden sposób nie daje możliwości zorientowania się, na jakich założeniach opiera się przekazana kalkulacja.

Dla przykładu wskazano na wyjaśnienie pozycji „koszty administracyjne", w oparciu o które brak jest podstaw do stwierdzenia, na jakiej podstawie przyjęto do wyceny daną ilość przesyłek kurierskich. Z kolei w zakresie „opłaty na pomieszczenia biurowe i personel administracyjny" w ilości 60 szt. po 200 zł każda, nie da się nie tylko zrozumieć co wchodzi

dokładnie w zakres tej pozycji, ale czym w istocie jest tutaj „sztuka" za 200 zł, czy na sztuki zostały policzone pomieszczenia, ludzie, czy też jakieś inne jednostki. Z treści tak sformułowanych wyjaśnień nie da się zrozumieć niczego. Podobnie w kwestii kosztów delegacji – o ile jest to pozycja najdokładniej rozpisana przez wykonawcę, to trudno zrozumieć w jaki sposób przygotowano tą kalkulację – na jakiej podstawie w szczególności przyjęto taką a nie inną liczbę podróży, liczbę noclegów, czy diet. Z jakich względów wskazano takie, a nie inne role i jakie w rzeczywistości prace mają one wykonać, w szczególności zaś w zakresie ról nieprzewidywanych przez Zamawiającego (np. pełnomocnik). Zdaniem Odwołującego nie da się tego zrozumieć. Co prawda Odwołującemu nie udostępniono Kalkulacji 2, w ramach której Przystępujący miał wytłumaczyć ponoszone koszty osobowe, stanowiące główny koszt przedsięwzięcia, niemniej nawet bez dostępu do tych dokumentów, a wyłącznie przyjmując, że nieudostępniona kalkulacja stanowi zapewne tabelę kosztów, można również i w tym przypadku założyć w oparciu o treść samej jawnej treści wyjaśnień, że w żadnej mierze nie da się zrozumieć, na jakiej podstawie dokonano przypisania pracochłonności wykonania poszczególnych kategorii zadań wskazanych w pierwotnej tabeli wyjaśnień. Co więcej, w ramach zastrzeżonej części – jak wynika z treści wyjaśnień – Przystępujący opisał 3 kategorie kosztów: „Analizę przedwdrożeniową", „Dostarczenie, zainstalowanie, i uruchomienie Systemu Bibliotecznego" oraz „Szkolenie wraz z materiałami". Oznacza to, że prawdopodobnie pominięto wyjaśnienia w zakresie „Wsparcia projektu", które stanowią koszty utrzymania Systemu bibliotecznego w okresie 7 lat. Jeśli tego typu koszt – zdaniem wykonawcy – nie są istotnym elementem, który należy wyjaśnić, zarówno w zakresie przyjętych założeń, jak i konkretnych współczynników przyjętych do kalkulacji, to trudno uznać, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego mogą zostać uznane za wiarygodne i za udzielone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby, podkreślając, że wyjaśnienia Przystępującego odnoszą się wyłącznie do kwestii ogólnych. Z przywołanej „kalkulacji" nie da się jakkolwiek wydedukować, ani jakie konkretne kategorie kosztów zostały zawarte w poszczególnych pozycjach kosztowych (których jest łącznie tylko 10), ani też na jakiej podstawie przyjęto założenia do określenia właściwego rozmiaru współczynników stanowiących podstawę kalkulacji, co uniemożliwia jakąkolwiek kontrolę prawidłowości tejże kalkulacji.

Następnie Odwołujący wskazał na zaniżenie wartości poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia przez Przystępującego. Wskazał na ewolucję stanowiska wykonawcy w zakresie kosztów poszczególnych składników stanowiących koszt wykonania zamówienia, przede wszystkim w kontekście wartości licencji wieczystej Systemu Bibliotecznego. Jak wynika z treści oferty złożonej przez Przystępującego cena oferty, zgodnie z treścią formularza, miała zostać rozbita na 2 części – wartość właśnie wieczystej

licencji oraz wartość wdrożenia, w ramach którego należało podać cenę za pozostałe elementy kosztowe związane z realizacją przedmiotu zamówienia. W treści oferty Przystępujący wskazał, że cena licencji wieczystej jaką oferuje wynosi 480.000 zł netto, zaś wdrożenia to tylko 300.000 zł netto. Tymczasem jak wynika już z pierwszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny koszt wykonawcy jaki został wskazany to kwota 80.000 zł netto. Z kolei w ostatnich wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że koszt licencji systemu jest w praktyce zyskiem Wykonawcy, gdyż system jest własnością Wykonawcy i jest w pełni wykonany. Innymi słowy z ceny 480 tys. zł za ten element przedmiotu zamówienia dojść można do przekonania, że w sytuacji gdy wykonawcy „zabrakło" w kalkulacji środków na pokrycie innych kategorii kosztowych, nagle wartość ta zaczęła być drastycznie zmniejszana. Zdaniem Odwołującego Przystępujący w treści oferty dokonał sztucznego przesunięcia kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami kosztowymi ceny – większość kosztów związanych z wdrożeniem została skalkulowana w cenie licencji wieczystej. Taka mechanika cenowa na gruncie zamówienia jest nieuprawniona, oznacza ona bowiem, że w pozycji „Cena licencji" mamy jej wartość powiększoną o marżę wykonawcy, zaś pozycja „Wdrożenie" jest znacznie niedoszacowana i jak wynika z treści wyjaśnień niemożliwa jest jej realizacja w cenie 300.000 zł. Jeśli więc np. Przystępujący w toku realizacji przedmiotu umowy odstąpiłby od realizacji wdrożenia po uzyskaniu wynagrodzenia za dostarczenie licencji (a zatem większości wynagrodzenia), ewentualny koszt wdrożenia przez innego wykonawcę będzie wielokrotnie większy niż kwota, jaka pozostanie z wynagrodzenia określonego w Umowie. Oznacza to niewątpliwie narażenie Zamawiającego na stratę poprzez zaniżenie w kalkulacji wskazanej w umowie ceny za realizację usług wdrożeniowych.

Odwołujący wskazał ponadto na brak w wyjaśnieniach informacji na temat poszczególnych, istotnych elementów kalkulacji. Z treści złożonych wyjaśnień nie wynika, że w swojej wycenie załączonej do wyjaśnień Przystępujący uwzględnił wszystkie przedmiotowo istotne elementy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim z całą pewnością nie da się w świetle jawnej części wyjaśnień zrozumieć, jak zostały skalkulowane koszty związane z pracami osób realizujących przedmiot zamówienia. Jak wynika z treści wyjaśnień kalkulacja została przygotowana w oparciu wyłącznie o przedstawienie kosztów osobowych związanych z realizacją prac w ramach 3 strumieni prac: analizy przedwdrożeniowej, wdrożenia systemu oraz realizacji szkoleń. Oznacza to, że nie obejmuje ona wyjaśnień jakichkolwiek w zakresie tak istotnego elementu cenotwórczego jak pozycja opisana w pierwotnej kalkulacji jako: „wsparcie projektu", która w skali miesiąca została skalkulowana na poziomie 2.400 netto, co przy założeniu długości jej świadczenia (84 m-ce) daje kwotę netto w wysokości 201.600 zł. Pozycja ta nie została jakkolwiek opisana. W treści OPZ opis zakresu tych usług zajmuje niemal 2 strony (punkt E, str. 27 –

28). Zakres usług serwisowych jest bardzo szeroki. Obejmuje on zarówno koszty osobowe związane z zapewnieniem obsługi serwisowej zgłaszanych błędów, ale też kosztów osobowych związanych z realizacją nowych wersji systemu (co najmniej 1 raz na rok), obsługi zmian prawnych po każdej zmianie, zapewnieniem dostępu w godzinach pracy do dwóch różnych specjalistów Wykonawcy (specjalista ds. wdrożeń oraz konsultanta technicznego) celem konsultacji niewynikających z błędów, kosztów aktualizacji dokumentacji systemu, ale też kosztów zapewnienia narzędzia (systemu) do zgłaszania błędów. Z wyjaśnień nie wynika, jaka pracochłonność została przyjęta na potrzeby obsługi błędów w systemie, czy też realizacji oczekiwanych przez Zamawiającego zmian i nowych funkcjonalności. W tej sytuacji przyjęcie jako uzasadnionej kalkulacji wykonawcy na poziomie średniomiesięcznym 2.400 zł nie jest oparta na jakichkolwiek racjonalnych podstawach. Nawet w świetle jawnych pierwotnych wyjaśnień American Systems średnie miesięczne wynagrodzenie w firmie specjalisty ds. wdrożeń to 7.000 zł, programisty to 8.000 zł., zaś Kierownika projektu 12.500 zł. Jeśli tak, to widać już na pierwszy rzut oka, że kwota na poziomie 2.400 zł, stanowiąca ułamek nawet najniższego miesięcznego wynagrodzenia, nie jest wystarczająca dla realizacji wszystkich obowiązków opisanych przez Zamawiającego w OPZ. To zaś oznacza, że albo część tych obowiązków nie zostanie zrealizowana w ogóle, albo też cała kalkulacja została oparta o zupełnie abstrakcyjne założenia, które (być może z tego właśnie względu) nie zostały nawet przekazane w treści składanych wyjaśnień.

Odwołujący zwrócił uwagę również fakt, iż Przystępujący składając ofertę nie uwzględnił również innych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. Otóż jeśli przyjąć, że w Kalkulacji 1 zawarte zostały wszystkie wymienione tam kategorie kosztów, zaś w Kalkulacji nr 2 w trzech wymienionych pozycjach kalkulacji zawiera co do zasady jak twierdzi Przystępujący wyłącznie wysokość wynagrodzenia należnego osobom skierowanym przez niego do realizacji zamówienia, to znaczy że wszelkie inne koszty wykonania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia nie zostały w kalkulacji uwzględnione. Nieuwzględnione elementy kosztowe, to elementy zarówno takie, jakie sam Wykonawca wyszczególnił w swoich pierwotnych wyjaśnieniach, jak również i takie, które pominął z uwagi na brak prawidłowej analizy warunków zamówienia. Do pierwszej kategorii pominiętych kosztów należą w szczególności wymienione w treści wyjaśnień z dnia 22 listopada 2022 r. koszty związane z: „kosztami adaptacji Środowiska Testowego oraz wykonania testów; kosztami infrastruktury niezbędnej do przeprowadzenia instruktaży (Wykonawca posiada infrastrukturę gotową do instruktaży, gdyż w swojej działalności przeprowadził tysiące godzin szkoleń. Dla potrzeb płynnego przeprowadzania szkoleń wyposażył firmę w aparaturę sprzętową oraz procesy szkoleń mające na celu eliminację niepotrzebnych kosztów); kosztami związanymi z realizacją gwarancji. Wykonawca

skalkulował koszty testów automatycznych i weryfikacji kodu celem obniżenia i wyeliminowania błędów w działaniu systemu, co ma przełożyć się na niskie koszty samej gwarancji. Dodatkowo wkalkulowano koszty usługi wsparcia techniczno-merytorycznego systemu, podczas których nie tylko wprowadzone będą zmiany, czy modyfikacje ale również stały monitoring kodu – to również przełoży się niskie koszty okres gwarancyjnego); kosztów pośrednich, w tym kosztów amortyzacji i konserwacji urządzeń, kosztów dostarczonej energii, kosztów administracyjnych i związanych z tworzeniem i utrzymaniem warunków pracy, itp. (jako procent (%) kosztów wynikających z prac nad czynnościami wchodzącymi w skład etapów niniejszego postępowania).” Jak wynika z powyższego mowa tu nie o kosztach osobowych (czyli takich, jakie wykazał w Kalkulacji nr 2 wykonawca), ale o istnieniu kosztów rzeczowych, które nie zostały wykazane w żadnej innej pozycji kalkulacji Wykonawcy. Oznacza to, że nie zostały one po prostu policzone i uwzględnione w rzeczywistości w tej kalkulacji, lub też miały „zmieścić się” ewentualnie w kosztach tzw. „Zabezpieczenia projektu”, jednak w związku z „wyczerpaniem” tej części budżetu przez nieplanowany wcześniej koszt licencji EBSCO koszty te ostatecznie nie zostały nigdzie skalkulowane.

W ocenie Odwołującego podobnie rzecz ma się w stosunku do kosztów wynikających z treści OPZ, a których próżno szukać w treści wyjaśnień Przystępującego. Odwołujący wskazał w szczególności na zobowiązanie do zapewnienia i pokrycia kosztów audytu WCAG dla interfejsów wdrażanego Systemu. W ramach udzielonych w dniu 18.08.2022 r. odpowiedzi w tym postępowaniu Zamawiający wskazał, iż wymaga wykonania audytu przez firmę zewnętrzną. W tej sytuacji, biorąc też pod uwagę, że koszt takiego audytu to wydatek rzędu od kilku do kilkunastu tysięcy złotych, należy wskazać, że nie został on skalkulowany w treści oferty. Jeśli bowiem przyjąć, że za istotny i godny wyjaśnienia uznał wykonawca rozpisanie kosztu przesłania korespondencji, to tym bardziej realizacja audytu i to przez podmiot zewnętrzny powinien zostać wskazany i opisany w treści złożonych wyjaśnień. Mając na względzie, że w treści wyjaśnień we wszystkich przypadkach opisanych w Kalkulacji nr 2 Wykonawca uwzględnił jedynie własne koszty osobowe, to nie da się udowodnić, że koszty audytu zewnętrznego zostały skalkulowane w jakimkolwiek innym elemencie przedmiotu zamówienia. Oznacza to że zaoferowany przedmiot umowy nie zawiera realizacji tego świadczenia, co decyduje również o tym, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazał też, że w żadnym punkcie przedłożonej kalkulacji (w tym jak domniemywa Odwołujący, również w utajnionej Kalkulacji nr 2) brak jest jakichkolwiek informacji o uwzględnieniu w kosztach osobowych standardowych kosztów związanych z pracą osób zaangażowanych do realizacji projektu. Odwołujący wskazał, że Wykonawca posługuje się w wyjaśnieniach stwierdzeniami na temat uwzględnienia w poszczególnych elementach kalkulacji wynagrodzeń tych osób.

Jak wynika z treści pisma wykonawcy: „Koszt jednostkowy netto w załączonym pliku jest jednocześnie całkowitym kosztem jednostkowym brutto jaki w odniesieniu do każdej z osób będzie obciążał Wykonawcę (czyli koszt ten obejmuje obciążenia publicznoprawne ponoszone przez Wykonawcę samodzielnie i w imieniu współpracownika)”. Przyjmując, że Wykonawca w pierwotnych wyjaśnieniach każdorazowo odnosił się do stawek wynikających z umów o pracę, konieczne byłoby skalkulowanie w tych kosztach nie tylko wynagrodzenia wynikającego z samej umowy (w tym obciążeń publicznoprawnych związanych ze składkami na ubezpieczenia społeczne), ale też kosztów np. PPK. Niemniej jednak oprócz kosztów związanych bezpośrednio z zaangażowaniem danej osoby (a zatem oprócz kwoty wynagrodzenia i obciążeń publicznoprawnych z nimi związanych) konieczne jest zaplanowanie dodatkowych kwoty wynikające choćby z kosztów: kosztów zastępstw w okresach absencji, kosztów zwolnień i urlopów, koszty oferowanych pracownikom benefitów (np. ubezpieczenia zdrowotne, karty MultiSport etc.) oraz koszty szkoleń pracowników, koszty podwyżek wynagrodzeń pracowników, co w kontekście niemal 8 – letniej pracy w projekcie musi być uwzględnione, koszty innych ryzyk projektowych, w tym opisywanych w pierwszych wyjaśnieniach wykonawcy, które co do zasady nie zostały uwzględnione w żadnej pozycji przekazanej kalkulacji. Mając na względzie, że wszystkie te elementy kosztowe, mimo że były wprost wymagane do wykazania, nie doczekały się żadnej wzmianki w treści wyjaśnień Przystępującego, stąd należy przyjąć, że nie zostały uwzględnione w zaoferowanej cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, iż dla udowodnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie Kalkulacji nr 2 dotyczącej kosztów osobowych wykonawca załączył dowody w postaci umowy lub umów z dnia 1.09.2022 oraz aneksu do umowy z dnia 10.06.2021 r. W związku z tym, że dokumenty te pozostają niejawne Odwołujący założył, że aby mogły one stanowić wiarygodny dowód w sprawie, powinny zostać załączone umowy tych osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia. Jest to istotne z dwóch co najmniej względów. Po pierwsze jeśli zostały załączone umowy innych osób, to w żaden sposób nie potwierdzą one realności kosztu, jaki Przystępujący będzie musiał ponieść dla realizacji zamówienia. Jak wynika choćby z wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia funkcja kierownika projektu ma być wykonywana przez Pana K. S. . Osoba ta – zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, w tym zgodnie z treścią profilu tej osoby w portalu LinkedIn pełni aktualnie funkcję Dyrektora Działu Realizacji Projektów w Asseco Data Systems S.A. Biorąc pod uwagę tę okoliczność, a także fakt, iż wynagrodzenie osób zajmujące kierownicze funkcje w spółkach z GK Asseco jest zdecydowanie wyższe niż przeciętnego Kierownika projektu (z całą pewnością jest co najmniej dwukrotnie wyższe niż opisywane w pierwszych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny kwoty średnich wynagrodzeń

kierowników projektów zatrudnionych w American Systems) przyjęcie, że taka osoba zawarła umowę z Przystępującym na warunkach daleko mniej korzystnych niż wynikające z jej podstawowej działalności jest nielogiczne i niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego. Stąd też istotne znaczenie dla prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień ma fakt oceny przedstawionych dowodów, w szczególności treści zawartych przez Przystępującego umów.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że poza jednym aneksem do umowy wcześniej zawartej wszystkie dodatkowe umowy (lub umowa) dla osób mających realizować projekt są zawarte w dniu 1 września 2022 r. Z perspektywy Odwołującego taka okoliczność jest zdumiewająca w świetle wcześniejszych wyjaśnień wykonawcy zawartych w piśmie z listopada 2022 r. Po pierwsze zawarcie z całym zespołem realizującym projekt umów w dniu 1 września, a zatem raptem na 5 dni przed terminem złożenia oferty w tym postępowaniu świadczy o tym, że zupełną nieprawdą są oświadczenia zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z 22.11. 2022 r. w zakresie, w jakim: - Przystępujący opisuje sposób szacowania

projektu w zakresie w którym to zespół mający wykonywać projekt w ramach głosowania wycenia pracochłonność poszczególnych zadań – jest to niemożliwe zarówno z uwagi na to, że istnieje małe prawdopodobieństwo, aby osoby zatrudnione w czwartek 1 września były w stanie przeanalizować dokumentację i wycenić pracochłonność przed terminem złożenia oferty, który upływał w poniedziałek rano, co oznacza, że musiałyby to zrobić w ciągu de facto 1 lub 2 dni. Co więcej uznanie, że szacowania miałyby dokonywać osoby, które właśnie zostały przyjęte do pracy i nie znają ani systemu, ani jego funkcjonalności z technicznego punktu widzenia jest po prostu nieprawdopodobne; - Przystępujący wykazuje, iż oszczędność wykonania przedmiotu zamówienia bazuje na doświadczeniu wykonawcy we wcześniejszej realizacji prac podobnego rodzaju – skoro zespół został zatrudniony niemal w całości przed złożeniem oferty nie ma mowy o jakimkolwiek bazowaniu na posiadanym przez Wykonawcę doświadczeniu, gdyż te osoby nie miały w chwili złożenia oferty jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji prac opartych o system Przystępującego. Jako że jest to produkt o którym nie da się uzyskać wiedzy nie będąc pracownikiem lub współpracownikiem Przystępującego, osoby nowo zatrudnione nie mogą mówić o posiadaniu jakiejkolwiek wiedzy na temat realizacji projektów opartych o ten system; - Przystępujący opisuje całą kompetencję i cechy posiadanego przez siebie Zespołu, ich chęci rozwoju etc. – ze względów omówionych powyżej – osoby mające zostać zaangażowane na podstawie umów z września 2022 r. nie posiadają żadnych przymiotów, na które powołuje się wykonawca w treści wyjaśnień. Odwołujący również zwrócił uwagę na fakt, iż przedłożenie dowodów wskazujących na posłużenie się zespołem osób bez żadnej znajomości oferowanego systemu bibliotecznego – oprócz niemożności wykazania istnienia okoliczności pozwalających na obniżenie ceny niesie za sobą również skutek przeciwny – w postaci

konieczności uwzględnienia w wycenie dodatkowych kosztów szkolenia tego personelu, który nie ma kompetencji związanych z oferowanych rozwiązaniem. Koszty te, zważywszy na liczbę osób (wszystkie być może poza jedną) oraz czas niezbędny na zgłębienie zagadnień związanych z niuansami np. programistycznymi posiadanego rozwiązania muszą być w tym przypadku istotne. Mając na względzie powyższe pragniemy więc wskazać, że przedstawione przez Przystępującego dowody świadczą nie tylko przeciw tezom wskazywanym w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przedstawianych w postępowaniu przez wykonawcę, ale też dodatkowo powodują uzasadnione przeświadczenie o niewzięciu pod uwagę kolejnej kategorii kosztów, które Przystępujący będzie musiał ponieść dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 30 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazał, iż przeanalizował zastrzeżone dokumenty i uznał przedstawioną przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny oraz przedłożone umowy za informacje stanowiące o konkurencyjności firmy na danym rynku a więc za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego całokształt zastrzeżonych informacji tj. kalkulacja szczegółowa wynagrodzeń, dokładne określenie stanowisk, kosztów pracy z rozbiciem na specjalistów i poszczególne godziny stanowi zbiór składników organizacyjnych, które doprowadzają do skutku w postaci wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i informacja taka nie została ujawniona do wiadomości publicznej. Zamawiający podzielił stanowisko Wykonawcy, że zastrzeżony wykaz osób ma charakter unikatowy, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z takim doświadczeniem. Poza tym ujawnienie całokształtu tych informacji stanowi zdaniem Zamawiającego wypracowany przez Wykonawcę gotowy schemat, który może być użyty w każdym podobnym postępowaniu. Zamawiający dodał, iż w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji mógłby narazić na odpowiedzialność odszkodowawczą w przypadku, gdyby zastrzeżone informacje posłużyłyby innym podmiotom do przygotowania ofert w przyszłych podobnych postępowaniach, co doprowadziłoby to tego że oferty tych podmiotów byłyby korzystniejsze od oferty Wykonawcy.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Zamawiający opisał przebieg procedury wyjaśnień w zakresie kosztów licencji API EDS EBSCO, wskazując, że rzeczywiście dwie informacje odnośnie szacowania tych kosztów wskazane w wyjaśnieniach są rozbieżne, ale Zamawiającemu trudno odnieść się do tej sytuacji i uznać ją za czyn wprowadzenia Zamawiającego w błąd czy pomyłkę w szacowaniu ceny oferty. Zamawiający uznał, że

Przystępujący w świetle złożonych wyjaśnień oraz kwoty wynikającej z szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie za zaoferowaną cenę.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Zamawiający podniósł, iż przygotowując się do realizacji przedmiotowego zadania dwukrotnie z należytą starannością przeprowadził procedurę szacowania wartości zamówienia. Pierwsze szacowanie wartości zamówienia zostało dokonane przez Zamawiającego na etapie sporządzania wniosku o dofinansowanie projektu, w celu ustalenia poziomu wydatku zwrócono się z prośbą o oszacowanie wartości zamówienia do trzech podmiotów, w tym Przystępującego. W odpowiedzi wpłynęły 3 oszacowania wartości zamówienia. Do projektu przyjęto wartość szacunkową zadania 960.000,00 zł. brutto. Przed rozpoczęciem procedury wyboru wykonawcy zgodnie z ustawą Pzp w marcu 2022r. Zamawiający dokonał szacowania zamówienia kierując zapytanie dotyczące wyceny wartości zamówienia do trzech firm, w tym Odwołującego. W wyniku szacowania wartości zamówienia przyjęto jako wartość zamówienia średnią złożonych wycen tj. kwotę 682.650,00 zł. brutto W toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że oferta Przystępującego jest ofertą o kwocie znacznie zawyżonej od kwoty złożonej przez Odwołującego i przekracza ją o 92,28% i jest o 270 % wyższa od wartości zamówienia szacowane z należytą starannością przez Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący brał udział w szacowaniu zamówienia na etapie przygotowania zamówienia i wycenił zadanie na kwotę 836.400,00 zł. brutto Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły tylko dwie oferty, o cenach znacznie odbiegających od siebie, przez co średnia arytmetyczna cen złożonych ofert została zawyżona. O tak wysokiej średniej złożonych ofert przesądziło nie co najmniej kilka ofert, co świadczyłoby o tym, że co do zasady cena rynkowa zamówienia jest wysoka, ale przesądziła o tym cena jednej oferty. Oferta Przystępującego była wyższa o 40% od szacowanej kwoty zamówienia,

ale mieściła się w kwocie jaką Zamawiający biorąc pod uwagę budżet projektu mógł przeznaczyć na realizację zadania (960.000,00 zł.).

Tym samym na tym etapie badania ofert, biorąc pod uwagę kwoty szacowania wartości zamówienia, oferta Przystępującego nie budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, dlatego Zamawiający zrezygnował z wezwania go do składania wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zamawiający uznał, że cena oferty Przystępującego nie jest ceną rażąco niską. W toku toczącego się postępowania Zamawiający wzywał trzykrotnie Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską (Zamawiający opisał w treści odpowiedzi na odwołanie przebieg procedury wyjaśnień). Zdaniem Zamawiającego Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z omówieniem czynników mających wpływ na cenę

ofertową oraz dowody na potwierdzenie tezy, że cena zaoferowana w ofercie nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający po weryfikacji tych wyjaśnień uznał, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Przystępujący w dniu 31 marca 2023 r. złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący podniósł, iż zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie załączników 6, 7 i 8 do wyjaśnień Przystępującego dotyczących rażąco niskiej ceny było skuteczne. Przystępujący wskazał w szczególności, iż chronione informacje nie dotyczą posiadanej liczby specjalistów wymaganych przez Zamawiającego w SWZ do realizacji zadania i nie dotyczą uśrednionego wynagrodzenia w przedsiębiorstwie Przystępującego. Informacje chronione dotyczą konkretnych danych kosztotwórczych, tj., liczby osób i stanowisk przez nie zajmowanych, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia. Oczywistym jest, mając na względzie skomplikowanie i specjalistyczność zamówienia, że nie jest możliwe, aby zamówienie było wykonywane przez jedynie dwie osoby wskazane w wykazie osób – kierownika projektu i specjalistę do spraw wdrożeń. Ponadto, informacje chronione, dotyczą danych szczegółowych dot. wynagrodzeń – wynagrodzeń jednostkowych i liczby jednostkowych godzin pracy, będących częścią polityki finansowej Przystępującego, utrzymywanej w poufności, poprzez podejmowanie stosownych działań zabezpieczających w ramach prowadzonej działalności. Powszechnie wiadomym jest, że jednym z elementów przygotowania oferty, w sposób najbardziej efektywny dla jego realizacji również pod względem finansowym jest właściwe zestawienie zespołu osób zarówno pod kątem współpracy, efektywności działania, doświadczenia wzajemnie się uzupełniającego, jak również kosztu finansowego utrzymania personelu. Selekcja specjalistów jest elementem zmiennym i uzależniona jest od aktualnego stanu zatrudnienia, czy też osób współpracujących oraz od rodzaju przedsięwzięcia inwestycyjnego, czynników mających wpływ na realizację zamówienia. Właśnie o tym traktuje art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Przystępujący wskazał dalej, iż informacje chronione przez Przystępującego nie są powszechnie znane, czy w ogóle dostępne dla osób zwykle zajmujących się danym rodzajem informacji – osób z branży IT. Doświadczenia Przystępującego ze współpracy z kontrahentami czy pracownikami, w zakresie oferowanych wynagrodzeń, struktury zatrudnienia, są na rynku IT niezwykle cennymi informacjami, których zgromadzenie trwało wiele lat i wymagało istotnych inwestycji i działań ze strony Przystępującego, w szczególności jeżeli chodzi o zachowanie ich w poufności. Efektem gromadzenia doświadczeń na przestrzeni lat są zastrzeżone dane w załącznikach nr 6, 7 i 8 o konkretnych wyselekcjonowanych specjalistach, stawkach wynagrodzeń, strukturze zatrudnienia. Wiedza ta daje realną przewagę konkurencyjną, w

przypadku jej ujawnienia może dojść do utraty tej przewagi w konsekwencji może utrudnić Przystępującemu, a nawet uniemożliwić konkurowanie na rynku IT.

Przystępujący zauważył, iż z odwołania wynika, że zastrzeżenie tajemnicy ma rzekomo charakter ogólnikowy, sztampowy a informacje nią objęte są publicznie lub z łatwością dostępne, więc ich utrzymanie w tajemnicy jest bezprzedmiotowe i nie podlega ochronie prawnej. Pomimo twierdzeń Odwołującego o rzekomej jawności danych objętych tajemnicą i powszechnym do nich dostępie, nie był on w stanie poznać informacji w zakresie zastrzeżonym przez Przystępującego. Odwołujący nie poparł swoich twierdzeń żadnym dowodem, który potwierdzałby, że informacje chronione przez Przystępującego są mu znane a zatem, że są dostępne powszechnie. Gdyby tak było Odwołujący nie żądałby odtajnienia tych informacji, oznaczałoby, że Odwołujący wszedł w posiadanie tych informacji z naruszeniem prawa. Nikt poza wąskim gronem osób w przedsiębiorstwie Przystępującego i danym pracownikiem lub współpracownikiem nie zna wynagrodzenia danego pracownika. Istotnie, znana jest wysokość uśrednionej płacy w przedsiębiorstwie Przystępującego, którą sam Przystępujący podał. Natomiast wykazanie powyższych informacji w postępowaniu nie miało charakteru informacji gospodarczej, organizacyjnej czy handlowej, gdyż traktuje ona ogólnie o szacunkowych poziomach wynagrodzeń i została podana w celu wykazania, iż Przystępujący nie stosuje stawek poniżej płacy minimalnej. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż nie zostało wykazane wystąpienie realnego ryzyka po stronie Przystępującego związanego z ujawnieniem tych informacji, ewentualnie, że wystąpiły już negatywne konsekwencje w przeszłości w odniesieniu do ujawnienia chronionych przez Przystępującego informacji, Przystępujący podniósł, iż Odwołujący zupełnie przemilcza znaną powszechnie specyfikę rynkową w branży IT zachodzącą pomiędzy wykonawcami, tj. agresywną politykę kadrową wykonawców konkurujących o ten sam wyspecjalizowany zasób ludzki wobec jego niedoboru na rynku pracy. Na oczywiste i realne ryzyko związane z powyższą specyfiką konkurowania wykonawców w sektorze IT Przystępujący powołał się w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy. Oczywistość powyższej okoliczności jest jasna i nie wymaga dowodu - manifesta non egent probatióne. Wskazanie natomiast w odwołaniu, że nie zostało przez Przystępującego wykazane, iż w przeszłości doszło do np. „podkupienia personelu" w wyniku ujawnienia danych chronionych, co mogłoby uzasadniać ochronę informacji, niewątpliwie źle świadczyłoby o staranności Przystępującego i jego doświadczeniu w branży IT, gdyby Przystępujący dopiero w konsekwencji negatywnych doświadczeń np. w „podkupywaniu personelu" zajął się ochroną informacji gospodarczych, przed tym powszechnie znanym na rynku IT zjawiskiem.

W kwestii wartości i istotności informacji chronionych, Przystępujący podniósł, że dysponowanie czynnikiem ludzkim jest elementem kosztotwórczym dla przedsiębiorcy,

a w konsekwencji elementem cenotwórczym i stanowi o jego wartości gospodarczej. Przywołał orzecznictwo KIO, NSA i stanowisko doktryny. Ponadto informacje chronione przez Przystępującego, co zostało wyjaśnione w uzasadnieniu do ich zastrzeżenia, nie tylko przedstawiają realną wartość gospodarczą, ale co wynika z powyższej przywołanych aktualnych stanowisk administracji, judykatury i doktryny, mogą podlegać ochronie, nie tylko ze względu na wartość, ale również ze względu na charakter organizacyjny w przedsiębiorstwie Przystępującego. Przystępujący wskazał na orzecznictwo wyjaśniające co uznaje się za informacje organizacyjne. Z ostrożności Przystępujący wyjaśnił, że wykazał co najmniej w stopniu minimalnym, iż informacje chronione, posiadają dla niego wartość gospodarczą. Przystępujący wskazał, bowiem że ujawnienie informacji chronionych niesie ze sobą ryzyko utraty konkurencyjności na rynku IT, co może pozbawić go możliwość sprzedaży swoich produktów i usług, tj. sprzedaży licencji czy praw autorskich do systemu o określonej wartości. Ponadto Przystępujący wykazał, iż w przypadku ujawnienia danych dotyczących wynagrodzeń pracowników i współpracowników może dojść do naruszenia ich dóbr osobistych oraz szerzej, do naruszenia prawa. Naruszenie natomiast dóbr osobistych wiąże się z ewentualnymi reperkusjami w postaci zapłaty odszkodowania przez Przystępującego. Trudno jednak ustalić obecnie rozmiar roszczeń w ramach takiego postępowania o ochronę dóbr osobistych, co nie zmienia faktu, iż ryzyko zapłaty odszkodowań występuje i zostało wykazane w uzasadnieniu. Jak wynika z chociażby orzecznictwa Sądu Najwyższego, w postaci uchwały 7 sędziów, powołanej w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, gdzie wyjaśniono jakie konsekwencje może nieść za sobą ujawienie danych dotyczących pracownika w zakresie jego zarobków i formy zatrudnienia. Przedmiotowe kwestie są zatem wyjaśnione i wykazane w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji i potwierdzają w stopniu chociażby minimalnym wartość dla Przystępującego informacji przez niego chronionych.

Przystępujący w sposób przewidziany przez ustawodawcę wykazał też, iż zadbał o zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – wynagrodzeń, liczby, rodzaju stanowisk, czasu pracy osób wykonujących pracę lub świadczących usługi. Na dowód podjętych działań zabezpieczających przedłożone zostały wyciągi z umów z pracownikami i współpracownikami oraz kontrahentami zawierające postanowienia o zachowaniu poufności stosowane przez Przystępującego. Powyższe odzwierciedla realnie stosowane mechanizmy w przedsiębiorstwie Przystępującego zapewniające ochronę informacji, w ramach polityki bezpieczeństwa. Przystępujący nie poprzestał na przedłożeniu wyciągów z umów zawierających klauzule poufności, wykazał również liczne środki techniczne oraz organizacyjne stosowane w celu zabezpieczenia informacji w jego Przedsiębiorstwie, takie jak: system kontroli dostępów do pomieszczeń, system monitoringu,

całodobowa ochrona fizyczna, system alarmowy, wszyscy użytkownicy komputerów pracują w środowisku domenowym Windows, pełna identyfikacja i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań), kontrola zainstalowanego oprogramowania, zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu), system antywirusowy, serwer proxy (filtrowanie i monitorowanie ruchu), transmisja do wewnętrznych systemów jest szyfrowana (hasła są szyfrowane), do zasobów mają dostęp tylko osoby, które potrzebują ich do wykonywania obowiązków służbowych, transmisja (klient-serwer), wiadomości na serwerze są zaszyfrowane, możliwość szyfrowania treści całej wiadomości (podpisy cyfrowe), serwery są umieszczone w bezpiecznych pomieszczeniach. Przystępujący wskazał, iż informacje chronione zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kalkulacja i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, nie będących jawnymi i dostępnymi powszechnie, jako posiadające wartość gospodarczą. Stanowią też informacje o charakterze organizacyjnym, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące struktury zatrudnienia, kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. A ponadto obowiązek zachowania określonych informacji w tajemnicy wynika z wykazanej, a prowadzonej przez Przystępującego polityki bezpieczeństwa i wprowadzonych w tym zakresie rozwiązań technicznych, a przede wszystkim z treści umów zawieranych przez niego z pracownikami, współpracownikami, współkonsorcjantami i kontrahentami. Powyższe stanowi więc o spełnieniu wymogu z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji., który nakazuje wykonawcy (przedsiębiorcy) podjęcie niezbędnych działań, mających na celu zachowanie poufności informacji. Tym samym wobec wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz przesłanek z art. 18 ust. 3 Pzp brak było podstaw do odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego w zakresie objętym tajemnicą.

Przystępujący wskazał też na konieczność zastanowienia się, jakie realne znaczenia dla niniejszego postępowania, jego transparentności i możliwości kontroli działań Zamawiającego przez Odwołującego – miałoby odtajnienie omawianych informacji. Odwołujący uzyskałby informacje szczegółowe o liczbie osób, ich stanowiskach i ich wynagrodzeniu, które Przystępujący planuje skierować do realizacji zamówienia. Odwołujący zna przy tym sumę tej kwoty, bo została ona wskazana. Odwołujący nie zna tylko składowych tej kwoty. Jakie potencjale zarzuty mógłby wysnuć Odwołujący z analizy tych poufnych danych, że zdaniem Odwołującego liczba skierowanych osób jest zbyt mała, że zdaniem Odwołującego poszczególne osoby zarabiają zbyt mało, a może zbyt dużo. Przystępujący wskazał, iż w innym trwającym postępowaniu prowadzonym przez Akademię

Zamojską również na wdrożenie systemu bibliotecznego – Odwołujący złożył odwołanie, w którym zarzucał Akademii Zamojskiej, że nienależycie ustaliła warunki udziału w postępowaniu, gdyż tylko dwa podmioty mają dostateczne doświadczenie, żeby je spełnić. Jednym z tych podmiotów jest Przystępujący, Zatem Odwołujący pokazuje, że Przystępujący ma bardzo duże doświadczenie we wdrażaniu systemów bibliotecznych, doświadczenie, którego nie posiada Odwołujący. Odwołujący, nie posiadający doświadczenia w takich projektach – jak sam o sobie pisze - miałby analizować skład zespołu i plan na wdrożenie systemu przez Przystępującego. Zdaniem Przystępującego odtajnienie tych informacji miałoby wyłącznie jeden skutek - poznanie tajnych, poufnych, chronionych przez Przystępującego informacji, co zakłóciłoby konkurencję i naruszyło chronione prawa pracowników i współpracowników Przystępującego.

Jako dowód Przystępujący załączył odwołanie złożone przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Zamojską.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Przystępujący wskazał, iż w OPZ Zamawiający zawarł zapisy w których wyraźnie wskazuje, że oczekuje od wykonawców licencji EBSCOhost, w pkt VI ppkt 14 OPZ wskazano: „Obsługa kluczowych indeksów tematycznych- połączenie bogatych metadanych z indeksowaniem haseł przedmiotowych i abstraktami pochodzących z wiodących indeksów tematycznych (wymagana subskrypcja na EBSCOhost)". Z tego względu Przystępujący założył, że Zamawiający w rzeczywistości oczekuje EBSCO host, jako rozwiązania darmowego, które stosowane jest w większości bibliotek. Licencje EBSCO host są dostarczane wszystkim uniwersytetom i instytucjom badawczym w Polsce znajdujących się na liście1 w ramach licencji krajowej, opłacanej przez Ministerstwo Edukacji i Nauki. Dużo rzadziej stosowane jest rozwiązanie odpłatne EBSCO EDS. Niemniej dla bezpieczeństwa Przystępujący zrobił rezerwę finansową na rozwiązanie płatne, która pokrywa w zupełności koszt licencji EBSCO EDS. Przystępujący nie wprowadził w błąd przewidując rozwiązanie darmowe EBSCO host, które zostało wymienione w postanowieniach OPZ, a także przewidując możliwość finansowania licencji EBSCO EDS. Przystępujący wskazał za orzecznictwem, iż inne rozumienie postanowień OPZ czy SWZ przez wykonawców, a zwłaszcza gdy w tych dokumentach można znaleźć zapisy wielowariantowe wykonania zamówienia, nie stanowi o wprowadzeniu w błąd i za takie nie może być poczytywane.

Dalej Przystępujący wyjaśnił, iż Przystępujący w konsorcjum z przedsiębiorstwem BonaSoft sp. z o.o. realizuje obecnie wdrożenie systemu bibliotecznego dla Politechniki Częstochowskiej. Przystępujący jest liderem konsorcjum, a Bona Soft partnerem konsorcjum. Na potrzeby realizacji zamówienia partner konsorcjum wystąpił do EBSCO o wycenę systemu Ebsco Discovery Service w czerwcu 2022 r. Przystępujący z racji

wspólnego wykonywania zamówienia z Bona Soft znał tą wycenę, jako lider konsorcjum odpowiadający za kwestie rozliczeń w tamtym projekcie. Uzyskana przez BonaSoft wycena w ramach realizowanego wspólnie z Przystępującym zamówienia posłużyła za przyjęcie kwoty rezerwy w projekcie dla Zamawiającego. W świetle powyższego nie sposób przyznać racji Odwołującemu, że wycena nie była znana Przystępującemu w momencie składania oferty w niniejszym postepowaniu. Podział zadań w konsorcjum w ramach zadania realizowanego dla Politechniki Częstochowskiej zadecydował o tym, iż zapytanie o licencję EBSCO EDS skierowała BonaSoft sp. z o.o. i ona też otrzymała wycenę EBSCO EDS, którą następnie została przekazana do lidera konsorcjum American Systems. Mając jednak na uwadze powtarzające się zarzuty ze strony Odwołującego, Przystępujący ponownie wystąpił do EBSCO o wycenę licencji EDS na 10 lat, tym razem osobiście. Wycena otrzymana w grudniu 2022 oczywiście różni się od wyceny z czerwca 2022 r. co podyktowane jest prawdopodobnie sytuacją gospodarczą, tj. wysoką inflacją. Wycena uzyskana w grudniu 2022 dostarczona bezpośrednio do Przystępującego jest jednak całkowicie pokryta przez kwotę rezerwy i to przy uśrednionym, podwyższonym kursie wymiany dolara amerykańskiego na PLN.

Przystępujący wskazał, że również w zakresie zarzutu dotyczącego rzekomego wprowadzania Zamawiającego w błąd - jedynym podmiotem, który notorycznie wprowadza Zamawiającego w błąd jest Odwołujący. Nie można pominąć okoliczności, iż to Odwołujący przedstawił Zamawiającemu informację, że EBSCO EDS kosztuje prawie 500.000,00 zł. W pytaniach kierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego Zamawiający powtarzał tę kwotę. Tymczasem realnie kwota licencji EDS jest o połowę mniejsza. Tylko przez sztuczne zawyżanie ceny przez Odwołującego w tym i w innych miejscach - Zamawiający zmuszany jest do badania ceny oferty Przystępującego. Przystępujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu o wysokiej średniej złożonych ofert przesądziło nie co najmniej kilka ofert, co ewentualnie mogłoby wzbudzić wątpliwości w zakresie wysokości ceny rynkowej, ale oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 1.844.772,45 zł, czyli ponad dwukrotnie wyższą od oferty Wykonawcy oraz wyższą od szacunków Zamawiającego. Powyższe okoliczności wprost wskazują na zawyżenie ceny oferty przez Odwołującego, nie zaś o ofercie zaniżonej przez Przystępującego. Zawyżenie ceny przez Odwołującego spowodowało, że oferta Przystępującego była na poziomie jedynie 1,57 % ponad ustawowy limit obowiązku wyjaśnienia ceny przez Zamawiającego.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu Przystępujący wskazał, iż Odwołujący zarzuca ogólnikowość wyjaśnień i kalkulacji, a jednocześnie sam wskazuje na wysoki stopień szczegółowości tych wyjaśnień, w zakresie, w których przewidziane zostały nawet koszty przesyłek kurierskich czy najmu powierzchni biurowej. Przedstawione jako niezrozumiałe dla

Odwołującego informacje zawarte w wyjaśnieniach i kalkulacji pokrywają się z dotychczasowym szacunkiem cen, która uprzednio również w tym zakresie była wyjaśniana i nie budziły one wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący doszukując się braków w przedstawionych wyjaśnieniach i kalkulacji nawet tych kosztowo mniej istotnych, niejako chciałby narzucić sposób, w jaki Przystępujący miałby wykonywać zamówienie i za jaką cenę. Przystępujący wskazał, że na podstawie dużego doświadczenia zdobytego z realizacji wielu systemów bibliotecznych posiada wiedzę i potrafi właściwie założyć np. ilość korespondencji, którą będzie musiał wysyłać kurierem w toku realizacji. Dla przypomnienia, Odwołujący sam wskazał w innym dokumencie, że nie posiada takiego doświadczenia we wdrażaniu dużych systemów bibliotecznych – nie wiadomo skąd więc czerpie on wiedzę na temat rzekomej niewłaściwości kalkulacji Przystępującego. Zdaniem Przystępującego w rzeczywistości, zarzuty Odwołującego są zupełnie przypadkowe, na zasadzie – wybierzmy jakiś fragment kalkulacji i napiszmy, że jest jakoby niewyjaśniony dostatecznie. Gdyby te zarzuty miały realną wartość, to Odwołujący napisałby, że przesyłek kurierskich będzie 3 razy więcej, bo wynika to z jakiegoś punktu OPZ. Takich twierdzeń nie ma, a jest tylko zarzucanie rzekomych błędów, dla samego ich zarzucania i dalsze wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do rzeczywistych kosztów wykonania poszczególnych elementów.

Przechodząc do poszczególnych zarzutów Przystępujący wskazał: w zakresie rzekomego braku uwzględnienia kosztów adaptacji środowiska testowego - to jest koszt osobowy, uwzględniony w ramach wynagrodzenia zespołu; w zakresie rzekomego braku uwzględnienia kosztów infrastruktury do instruktaży - koszt infrastruktury, to koszt administracyjny, mieszczą się w kosztach biura, w zakresie rzekomego braku uwzględnienia kosztów związanych z gwarancją, czyli

kosztów testów automatycznych i weryfikacji kodu -to jest koszt osobowy, uwzględniony w ramach wynagrodzenia zespołu, dotyczący weryfikacji kodu przez osoby wykonujące prace wdrożeniowe i testowanie. Dodatkowo Przystępujący ma własne narzędzie (ergo darmowe) do zautomatyzowanego testowania kodu, co niemal wyklucza błędy w kodzie i minimalizuje koszty na etapie utrzymania i w okresie gwarancji; w zakresie rzekomego braku uwzględnienia kosztów pośrednich - koszty pośrednie to koszty administracyjne, mieszczą się w kosztach biura; w zakresie rzekomego braku uwzględnienia kosztów utrzymania - to jest koszt osobowy nazwany jako "wsparcie". Koszt ten stanowi znaczący element całości ceny oferty i uwzględnia wszystkie elementy utrzymania wymagane z OPZ; w zakresie rzekomego braku uwzględnienia kosztów weryfikacja WCAG, które miałyby wynosić do kilkudziesięciu tysięcy - jest to ponowne wprowadzanie Zamawiającego w błąd. Taki koszt nie przekracza kwoty 3.000 zł netto. Jako

dowód załączono przykładową wycenę na usługę weryfikacji WCAG - wydruk strony internetowej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę American Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

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

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca ubiegający się o zamówienie i dążący do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia tej oferty, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wezwania kierowane przez Zamawiającego do Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz udzielone w odpowiedzi wyjaśnienia, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowód z dokumentu złożonego przez Odwołującego w postaci oświadczenie pracownika EBSCO dotyczące braku zwracania się przez American Systems o ofertę licencji w ramach przedmiotowego postępowania do grudnia 2022 r. na okoliczności wskazane w odwołaniu. Przedstawiony na rozprawie dowód w postaci listy klientów zamieszczonej na stronie internetowej Odwołującego Izba pominęła jako niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia – dowód ten złożono na okoliczność posiadania doświadczenia przez Odwołującego, co z perspektywy oceny wyjaśnień Przystępującego i decyzji Zamawiającego o uznaniu tych wyjaśnień za wystarczająco uzasadniające zaoferowaną cenę, było irrelewantne. Z kolei złożony przez Odwołującego podczas rozprawy wyciąg z OPZ to wyciąg z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, którą Izba włącza w akta sprawy odwoławczej z urzędu.

Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu złożonych przez Przystępującego, tj. odwołania w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Zamojską i wydruku ze strony internetowej zawierającego wycenę usługi weryfikacji WCAG, na

okoliczności wskazane przez Przystępującego w piśmie procesowym. Natomiast złożony przez Przystępującego wraz z pismem wyciąg z OPZ, to wyciąg z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, którą Izba włącza w akta sprawy odwoławczej z urzędu.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa, wdrożenie i integracja Informatycznego Systemu Bibliotecznego w bibliotece Państwowej Wyższej Szkoły Wschodnioeuropejskiej w Przemyślu (obecnie Państwowa Akademia Nauk Stosowanych w Przemyślu), dostosowanego do potrzeb osób z niepełnosprawnościami wraz z usługą serwisowo -gwarancyjną w ramach projektu pn. „Uczelnia dostępna - PWSW" nr POWR.03.05.00-00-A028/20 realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój, Priorytet III Szkolnictwo wyższe dla gospodarki i rozwoju, Działanie 3.5 Kompleksowe programy szkół wyższych, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Zgodnie z Rozdziałem XIV pkt 1 SWZ cena ofertowa brutto musi obejmować pełny zakres przedmiotu zamówienia wynikających z SWZ i wzoru umowy oraz wszelkie koszty, które poniesie Wykonawca, jako niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pkt 4 dla porównania ofert, Zamawiający przyjmuje cenę ofertową, którą stanowi wynagrodzenie brutto za realizację zamówienia, zgodnie z formularzem ofertowym (załącznik Nr 2). W formularzu ofertowym Zamawiający wymagał podani całkowitej ceny (brutto i netto), w tym dwóch elementów oferty: „Licencja dostępowa (wieczysta) systemu informatycznego System biblioteczny" oraz „Wdrożenie (instalacja, konfiguracja, dostosowanie, przygotowanie dokumentacji) systemu informatycznego System biblioteczny". W załączniku nr 5 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy w § 6 ust. 2 wskazano, iż wynagrodzenie za przedmiot umowy obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją całego zakresu objętego umową, a w ust. 3, że wypłata wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy nastąpi fakturami częściowymi za zrealizowane etapy określone w harmonogramie realizacji przedmiotu umowy. Podstawą zapłaty faktur jest sporządzenie i podpisanie protokołu odbioru prac objętych

umową. Zgodnie z § 4 ust. 2 PPU wykonanie Przedmiotu Umowy przebiegać będzie zgodnie z Harmonogramem sporządzonym przez Wykonawcę. Strony zobowiązane są do potwierdzenia w drodze pisemnego Protokołu odbioru wykonania wszystkich przewidzianych w Harmonogramie etapów związanych z realizacją Przedmiotu Umowy.

W pkt V OPZ opisano zakres integracji wyszukiwarki z API EBSCO Discovery Service (API EDS). W pkt VI OPZ „EDS API EBSCO (dostęp w ramach wykupionej subskrypcji) wskazano wymagania dotyczące ww. licencji, w tym m.in. w pkt 14 „Obsługa kluczowych indeksów tematycznych – połączenie bogatych metadanych z indeksowaniem haseł 26

przedmiotowych i abstraktami pochodzącymi z wiodących indeksów tematycznych (wymagana subskrypcja na EBSCOhost)."

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na 682 650,00 zł brutto. W postępowaniu zostały złożone 2 oferty: Przystępującego z ceną 959 400,00 zł. brutto oraz Odwołującego z ceną 1 844 772,45 zł. brutto.

W dniu 17 października 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Na tą decyzję wniesione zostało odwołanie, które Zamawiający uwzględnił w całości, na co Przystępujący nie wniósł sprzeciwu. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 8 listopada 2022 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2840/22) umorzyła postępowanie odwoławcze. Zamawiający w ramach powtórzonych czynności pismem z 16 listopada 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty oraz uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie wykazu wykonanych usług. W treści wezwania w zakresie dotyczącym ceny wskazano m.in.: „(…) Zamawiający, po przeczytaniu argumentów przedstawionych w odwołaniu firmy Sygnity Business Solutions S.A., biorąc pod uwagę wymienione części składowe oferty mogące mieć wpływ na cenę oferty tj. rosnącą inflację, rozszerzenie subskrypcji EDS API do 10 lat, rozszerzenie licencji własnych oraz 7 letniego okresu gwarancji wsparcia technicznego, stwierdził, że ze względu na dużą różnicę w cenach ofert, powinien przeprowadzić badanie ofert w celu wyjaśnienia okoliczności mających wpływ na ceny przedłożonych ofert. Biorąc pod uwagę wszystkie fakty i dokumenty przedstawione w odwołaniu, Zamawiający uznał odwołanie w całości. Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu w dniu 08.11.2022 r. umorzyła postepowanie, gdyż Państwa firma, która przyłączyła się do odwołania po stronie Zamawiającego nie złożyła sprzeciwu na przedłożone w odwołaniu zarzuty. W związku z powyższym Zamawiający zwraca się z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku udziału w postepowaniu oraz wyjaśnień dotyczących zaoferowanej w ofercie ceny. Zamawiający oczekuje szczegółowego przedstawienia składowych ceny w rozbiciu na: dostawę systemu bibliotecznego, subskrypcję EDS API na 10 lat, wdrożenie systemu, szkolenia, okres gwarancji wsparcia technicznego - 7 lat i inne mające wpływ na cenę."

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący wskazał, iż to cena oferty Sygnity jako zawyżona przesądziła o wysokiej średniej arytmetycznej złożonych ofert. O wysokiej średniej złożonych ofert przesądziło nie co najmniej kilka ofert, co ewentualnie mogłoby wzbudzić wątpliwości w zakresie wysokości ceny rynkowej, ale oferta Sygnity opiewająca na kwotę 1.844.772,45 zł, czyli ponad dwukrotnie wyższą od oferty Wykonawcy oraz co ważne, wyższą od szacunków Zamawiającego. Powyższe okoliczności wprost wskazują na zawyżenie ceny oferty przez Sygnity, nie zaś o ofercie zaniżonej przez Wykonawcę. Pomimo

zawyżenia ceny przez Sygnity, oferta Wykonawcy jest na poziomie jedynie 1,57 % ponad ustawowy limit obowiązku wyjaśnienia ceny przez Zamawiającego. Wykonawca zgodnie z żądaniem Zamawiającego przedstawia poniżej wyjaśnienia do ceny złożonej oferty ponadto przekazuje szczegółową kalkulacje ceny. Przystępujący wskazał wartość kosztów netto/brutto wszystkich prac składających się na przedmiot zamówienia (skalkulowano wszystkie potrzebne czynności i zadania wynikające z wykonania wszystkich etapów niniejszego postępowania/projektu). Wskazano także wartość netto/brutto z zakładaną marżą (dla wartości brutto: wartość kosztów brutto: 902 328,00 zł, wartość kosztów brutto powiększona o zakładaną marżę: 959 400,00 zł). Przystępujący wskazał, iż oczekiwana marża nie jest marżą zerową. wszystkie zadania i czynności zostały poprawnie skalkulowane, w tym szczególnie:

- koszty udzielenia licencji. Wykonawca poinformował, że licencje EBSCO są dostarczane wszystkim uniwersytetom i instytucjom badawczym w Polsce znajdujących się na liście w ramach licencji krajowej, opłacanej przez Ministerstwo Edukacji i Nauki. Stosowne informacje znajdują się m.in. na stronie: (…). Wykonawca dodatkowo w wycenie zabezpieczenia projektu przewidział możliwość finansowania licencji EBSCO w razie zaprzestania finansowania przez Ministerstwo Edukacji i Nauki. Wykonawca wyjaśnia, że w przypadku finansowania przez Ministerstwo Edukacji i Nauki licencji krajowej przez wymagany okres tj. 10 lat, marża wykonawcy zostanie powiększona o zakładane zabezpieczenie;

- koszty wdrożenia przedmiotu zamówienia;

- kosztów adaptacji Środowiska Testowego oraz wykonania testów;

- koszt przeniesienia danych;

- kosztów infrastruktury niezbędnej do przeprowadzenia instruktaży (Wykonawca posiada infrastrukturę gotową do instruktaży, gdyż w swojej działalności przeprowadził tysiące godzin szkoleń. Dla potrzeb płynnego przeprowadzania szkoleń wyposażył firmę w aparaturę sprzętową oraz procesy szkoleń mające na celu eliminację niepotrzebnych kosztów;

- kosztów związanych z realizacją gwarancji. Wykonawca skalkulował koszty testów automatycznych i weryfikacji kodu celem obniżenia i wyeliminowania błędów w działaniu systemu, co ma przełożyć się na niskie koszty samej gwarancji. Dodatkowo wkalkulowano koszty usługi wsparcia techniczno-merytorycznego systemu, podczas których nie tylko wprowadzone będą zmiany, czy modyfikacje ale również stały monitoring kodu – to

również przełoży się niskie koszty okres gwarancyjnego);

- koszty wsparcia serwisowego;

- kosztów pośrednich, w tym kosztów amortyzacji i konserwacji urządzeń, kosztów

dostarczonej energii, kosztów administracyjnych i związanych z tworzeniem i utrzymaniem warunków pracy, itp. (jako procent (%) kosztów wynikających z prac nad czynnościami wchodzącymi w skład etapów niniejszego postępowania);

- kosztów wynikających z przyjętego przez firmę American Systems współczynnika ryzyka realizacji Zamówienia (jako procent (%) kosztów wynikających z prac nad czynnościami wchodzących w skład etapów niniejszego postępowania);

- kosztów związanych z podatkami, które Wykonawca będzie zobowiązany odprowadzić w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (koszty VAT 23% wskazane w tabeli powyżej, także koszty wynikające z odprowadzania składek i innych należnych opłat związanych z zatrudnianiem osób i prowadzeniem działalności gospodarczej);

- zysk Wykonawcy;

- szacowane koszty delegacji;

- koszty szkolenia;

- oraz innych mających wpływ na realizację zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zawartymi w SIWZ.

- Wykonawca nie zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy;

- Wykonawca nie korzysta z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, przy wykonywaniu niniejszego przedmiotu zamówienia;

- prace potrzebne do wykonania przedmiotu zamówienia nie należą do typów przedsięwzięć wymienionych w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko, tym samym nie zaistniała potrzeba przeprowadzania postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach;

- Średnie miesięczne wynagrodzenie kierownika projektu w firmie American Systems, zatrudnionego na umowę o pracę to: 12 500,00 zł brutto.

- Średnie miesięczne wynagrodzenie programisty w firmie American Systems, zatrudnionego na umowę o pracę to: 8 000,00zł brutto;

- Średnie miesięczne wynagrodzenie specjalisty ds. wdrożeń w firmie American Systems, zatrudnionego na umowę o pracę to: 7 000,00zł brutto;

- Średnie miesięczne wynagrodzenie specjalisty ds. szkoleń w firmie American Systems, zatrudnionego na umowę o pracę to: 6 500,00zł brutto;

Przystępujący wyjaśnił, iż wycena zakresu prac została wykonana metodą punktową, wywodzącą się z metodologii Scrum. Po rozpisaniu systemu na poszczególne moduły/historie zespół programistów za pomocą „Planning Pokera" przypisuje do nich punkty. Ważnym elementem w szacowaniu jest fakt, że programiści muszą się zgodzić w zespole odnośnie danego punktu. Każdy z programistów musi wyrzucić tę samą kartę w

zakresie danego modułu/historii. Jest to uznana na świecie metodologia szacowania oprogramowania, pozwalająca zapewnić realne wyniki w zakresie tworzonych wycen. Jest to część zwinnej (Agile) metodyki zarządzania projektami, która przekłada się na obniżenie kosztów pracy. Dotychczasowe kalkulacje wykonywane tą metodologią zakończyły się sukcesem realizacyjnym oraz dobrymi referencjami ze strony Zamawiających. Metodologia Scrum, uzupełniona o opracowane i udoskonalone praktyki w zakresie projektowania i zarządzania produktem, przedmiotem zamówienia, a także zarządzania pracą zespołu przynosi wymierne korzyści. Dlatego firma American Systems wypracowała i udoskonaliła procesy szacowania pracy wraz z wydajnością. Należy także dodać, że firma American Systems dysponuje własnym zapleczem technicznym, z wykwalifikowaną kadrą oraz niezbędnym sprzętem i umiejętnościami pozwalającymi na efektywne wykonanie zamówienia. Oszczędność metody wynika także z wieloletniego doświadczenia w branży informatycznej, szczególnie z doświadczenia w realizacji projektów zbliżonych do przedmiotu zamówienia, szczególnie projektów długoterminowych. Tu należy dodać, że firma American Systems zaprojektowała wiele systemów, aplikacji, platform, tym samym posiada bogate doświadczenie. Dla przykładu należy zwrócić uwagę na usługi wykonywane (przez firmę American Systems) dla Polskiej Akademii Nauki Biblioteka Kórnicka, Wyższej Szkoły Technicznej w Katowicach i Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa w Poznaniu, którego wykonanie wymagało uwzględnienia funkcjonalności wskazanych w niniejszym postępowaniu.

Przystępujący wskazał także, że posiada bogate doświadczenie w wytworzeniu i wdrażaniu zaawansowanych technologicznie systemów, podczas wytworzenia których zatrudniała szeroką kadrę specjalistyczną i opracowała

wewnętrzne standardy i mechanizmy pracy nad oprogramowaniem. Wypracowany system, w tym szablony i metodologia projektowania, wdrażania i prowadzenia projektów informatycznych pozwala także na osiągnięcie niższych kosztów pracy. Zdobyte doświadczenie, w tym wdrożenie wielu projektów umożliwiło wcześniejszą analizę ryzyka, także wyeliminowanie i poprawa procesu pracy nad systemami informatycznymi, co ma bezpośredni wpływ na koszty. Przystępujący odprowadza wszelkie wymagane składki, w tym składki wynikające z zatrudniania personelu na zasadach zgodnych w wymaganymi przepisami. Przystępujący zatrudnia pracowników, którzy wykonywać będą prace wchodzące w skład przedmiotu zamówienia. Przystępujący utrzymuje na stałe biuro w Poznaniu (siedziba spółki), gdzie mieści się zarząd spółki. Poznańskie biuro zlokalizowane jest w centrum miasta. Zatrudniona jest tu kadra zarządzająca projektami, wytwarzająca i wdrażająca zaawansowane technologie IT oraz nadzorująca prace. American Systems posiada procedury zarządzania, które wypracowane zostały na przestrzeni wieloletniej działalności. Firma posiada wykwalifikowaną kadrę i

doświadczenie zdobywane przez lata funkcjonowania firmy na rynku, co gwarantuje najwyższą jakość wykonywanych prac i optymalny termin realizacji każdego projektu. Zdobyte doświadczenie oraz wypracowane procedury zarządzania pozwalają na sprawne zarządzanie zasobami, także na osiąganie zamierzonych celów podejmowanych przedsięwzięć. Przystępujący zajmuje się inżynierią oprogramowania dlatego też zatrudnia w swojej firmie programistów cechujących się wszechstronną i dogłębną wiedzą z zakresu nowoczesnych rozwiązań IT, dla których pasją jest tworzenie oprogramowania zaawansowanego technologicznie. Zaangażowanie zespołu programistycznego w prace, chęć rozwoju zawodowego i uczestnictwa w najnowocześniejszych przedsięwzięciach IT sprawiają, że nawet największe wyzwania programistyczne nie stanowią dla nich problemu. W związku z dużą liczbą zatrudnionych programistów w firmie American Systems wynagrodzenia dla nich obejmują ponad 50% rocznych przychodów spółki. Realizacja platform e-learningowych, wytwarzanie oprogramowania dedykowanego, tworzenie narzędzi do analiz statystycznych czy raportowania, projektowanie systemów zarządzających projektami, monitorowanie badań, utworzenie platformy dla samorządów terytorialnych, tworzenie rozwiązań dla edukacji, systemów bibliotecznych, stworzenie autorskiego Frameworka są to koszty ponoszone w milionach złotych rocznie przez firmę American Systems. Zespół programistyczny, testerów a także wdrożeniowy projektowanych rozwiązań informatycznych na co dzień korzysta z tzw. transferu technologii. American Systems zanim rozpocznie kodowanie czy implementacje innowacyjnego projektu IT (do stworzenia, którego wykorzysta i połączy ze sobą różne, najnowsze technologie) przeprowadza analizę rynku. Analitycy, pracownicy firmy szukają odpowiednich grup docelowych danego rozwiązania, następnie przeprowadza z nimi wywiady, ankiety, badania, których wyniki poddaje analizie. Przeanalizowanie otrzymanych wyników pozwala sprecyzować wymagania końcowego użytkownika projektowanego oprogramowania, przystosowując jednocześnie projektowane narzędzie do użytkownika.

Przedstawione dane w zakresie kosztów wdrożenia oprogramowania i metodologii wyceny, także opisane doświadczenie bardzo precyzyjnie przedstawiają podejście Wykonawcy, w zakresie przygotowania oferty i tym samym oszacowania kosztów pracy. Przystępujący przedstawił w formie tabeli wysokość i sposób ustalania wyceny poszczególnych Etapów technicznych. Kolumny: Liczba jednostek przewidziana na wykonanie zamówienia oraz Cena za 1 jednostkę jest szacunkiem, na podstawie którego dokonana została wycena. Oszczędność kosztów polega również na obniżaniu liczby godzin, co przełoży się na większą marżę. W tabeli przedstawione zostały wszelkie koszty jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia, powiększone o marżę.

lp. Nazwa etapu ilość jedno cena suma suma brutto stka jednostkowa netto

1.	Licencje	1	szt.	80 000,00 zł	80 000,00 zł	98 400,00 zł
2.	Analiza przedwdrożeniowa	1	szt.	60 000,00 zł	 60 000,00 zł	73 800,00
3.	Dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie Systemu Bibliotecznego	1	szt.	80 000,00 zł	80 000,00 zł	98 400,00 zł
4.	Szkolenia wraz z materiałami szkoleniowymi	1	szt.	17 000,00 zł	17 000,00 zł	20 910,00 zł
5.	Koszty administracyjne	1	szt.	15 000,00 zł	15 000,00 zł	18 450,00 zł
6.	Koszty delegacji	1	szt.	50 000,00 zł	50 000,00 zł	61 500,00 zł
7.	Wsparcie	84	m-c	2 400,00 zł	201 600,00 zł	 247 968,00 zł
8.	 Zabezpieczenie projektu	1	szt.	230 000,00 zł 000,00 zł	230	 282 900,00 zł
10. Marża suma wartość oferty		1	szt.	46 400,00 zł 780 000,00 zł 780 000,00 zł	46 400,00 zł 959 400,00 zł 959 400,00	57 072,00 zł

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2022 r. zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp i unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w ww. piśmie wskazał dodatkowo, iż Przystępujący n wezwanie złożył wyjaśnienia dot. zaoferowanej ceny oferty. W

wyjaśnieniach wykonawca przewidział w pozycji Zabezpieczenie projektu kwotę 282.900,00 zł brutto na finansowanie licencji EBSCO, która obecnie jest darmowa i obejmuje dostęp użytkowników do swojej (EBSCO) wyszukiwarki na platformie z polskim interfejsem. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał dostarczenia subskrypcji „API EDS EBSCO" oraz zintegrowania wyszukiwarki oferowanego systemu bibliotecznego z EDS EBSCO poprzez API. Specyfikację funkcji API EDSS zawiera OPZ. Pkt. VI. EDS API EBSCO (dostęp w ramach wykupionej subskrypcji) EDS API jest interfejsem programistycznym wyszukiwarki naukowej EBSCO Discovery Service (EDS), który powinien zostać zintegrowany z wyszukiwarką systemu bibliotecznego. Wymagania dla integracji wyszukiwarki zamawiającego z API EDS zawiera OPZ Pkt VI. Zakres integracji wyszukiwarki z API EBSCO

Discovery Service (API EDS). W efekcie wykonanej zgodnie z OPZ integracji czytelnik powinien z jednego okna oferowanej wyszukiwarki bibliotecznej jednym zapytaniem przeglądać katalog biblioteki oraz bazy dostępne w EDS EBSCO, w tym te dostępne w ramach licencji krajowej. W tym samym miejscu (wyszukiwarka systemu bibliotecznego) czytelnik powinien mieć również dostęp do swojego konta w bibliotece i dostępnych usług 32

bibliotecznych. Oferent powinien w ramach wynagrodzenia za przedmiot umowy dostarczyć ww. subskrypcję API EDS na okres 10 lat oraz pokryć wszystkie ewentualne koszty uzyskania niezbędnych zgód i współpracy z dostawcą API EDS tj. firmą EBSCO. Darmowa oferta EBSCO obejmuje dostęp dla użytkowników do innego rozwiązania firmy EBSCO, platformy z polskim interfejsem czyli EBSCOhost. Jest to odmienny produkt niż EBSCO Discovery Service (EDS), oferowany nieodpłatnie wraz z bazami na licencji krajowej instytucjom, dla których takie mniej zaawansowane i nieodpłatne rozwiązanie jest wystarczające. W przypadku dostarczenia tego nieodpłatnego rozwiązania nie ma mowy o uzyskaniu integracji zgodnie z wymaganiami OPZ pkt. V, a czytelnik będzie musiał prowadzić odrębne wyszukiwania w katalogu bibliotecznym, a następnie ten sam warunek wyszukiwawczy będzie musiał powtórzyć dla osobnego wyszukiwania w bazach umieszczonych na EBSCOhost. W ten sposób przeszukiwanie katalogu, baz na licencji krajowej oraz ewentualnie innych zasobów elektronicznych biblioteki (np. IBUK, LIBRA, baz na licencji Open Access) przez czytelnika będzie się odbywało w trzech różnych miejscach, a Zamawiający nie będzie mógł udostępnić w wyszukiwarce bibliotecznej zintegrowanych usług bibliotecznych, co jest przedmiotem zamówienia. Oprócz wygody użytkownika przy korzystaniu ze zintegrowanego rozwiązania (integracja EDA z wyszukiwarka biblioteczną) istnieje dodatkowo także zasadnicza różnica pomiędzy tymi dwoma rozwiązaniami firmy EBCSO mająca wpływ na zakres dostępu Zamawiającego do zasobów elektronicznych. Kupując subskrypcję API EDS Zamawiający uzyskuje dostęp z możliwością jednoczesnego ich przeszukiwania do baz na licencji krajowej wszystkich dostawców, z którymi zostały podpisane umowy na dany rok, np. EBSCO, Springer, Wiley, Nature, Science; szerokiego wyboru baz na licencji Open Access. Poprzestając na nieodpłatnym rozwiązaniu ESBCOhost Zamawiający miałby dostęp jedynie do baz EBSCO uzyskanych przez Zamawiającego w ramach licencji krajowej. Oferta na rok ww. wyszukiwarki naukowej wynosi 8.200 USD + 23% VAT na rok, łączna kwota brutto na rok to ok. 46.395 zł x 10 lat to kwota 463.950,00 zł bez kwoty inflacji i ryzyka zmiany kursu USD. Z przedłożonej przez Wykonawcę tabeli zawierającej wyceny etapów przedmiotu zamówienia, Wykonawca nie przyjął do wyliczenia kwoty za usługę API EDS EBSCO zgodnie z zapisami opisu przedmiotu zamówienia.

Wyrokiem z dnia 12 stycznia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3468/22, KIO 3498/22, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego oraz czynności unieważnienia postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach powtórzonych czynności dokonania oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego. W uzasadnieniu zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazała m.in.: „(…) jedyną podstawą

odrzucenia oferty wykonawcy, co wynika z treści pisma zamawiającego z 14 grudnia 2022 r. była okoliczność, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wprawdzie poruszył kwestie składanych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym w zakresie odnoszącym się do kwestii braku uwzględnienia przez American Systems kosztu licencji EBSCO, jednakże pomimo szerokiej argumentacji, że wykonawca nie przyjął do wyceny kwoty, która jest niezbędna celem zapewnienia realizacji usług w takim zakresie, jaki wynika z opisu przedmiotu zamówienia - brak jest jakiejkolwiek konkluzji co do sankcji, jakie wykonawca miałby ponieść z tego tytułu. Jednocześnie z treści odpowiedzi zamawiającego na odwołanie wynika, że w związku z tym, że oferta wykonawcy American Systems została odrzucona, jako złożona przez wykonawcę, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zaniechał badania tej oferty pod kątem występowania rażąco niskiej ceny. Tym samym przed zakończeniem takiego badania przez zamawiającego, który jednoznacznie musi przesądzić czy zaoferowana cena jest ceną realną, obejmującą wszystkie elementy zamówienia i taką, za którą możliwa jest jego realizacja, w tym bez uzyskania dodatkowych wyjaśnień - zarzut ten należy uznać za zasadny. Zamawiający wykazuje się bowiem w swoich działaniach daleko idącą niekonsekwencją. Z jednej bowiem strony znaleźć można w treści pisma informującego o odrzuceniu oferty takie argumenty, które wskazują na okoliczność występowania rażąco niskiej ceny w ofercie American Systems, z drugiej zaś twierdzi, że takiego badania nie przeprowadził. (…)

W tym miejscu ponownie należy wskazać, że zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak to do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania. Izba podzieliła jednak ocenę odwołującego, że złożone przez American Systems wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego, nie rozwiewają wątpliwości w zakresie tych elementów, które wpływają na kalkulację ceny, wskazują też na powstałe wątpliwości w zakresie dotyczącym sposobu kalkulacji wymaganej przez zamawiającego płatnej licencji od EBSCO na 10 lat. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę American Systems oraz czynności unieważnienia postępowania, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ramach powtórzonych czynności dokonania oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę American Systems. Zamawiający powinien także, w ramach powtórzonych

czynności, wezwać tego wykonawcę do wyjaśnienia wątpliwości co najmniej w zakresie: wyliczenia kwoty za usługę API EDS EBSCO, zgodnie z zapisem opisu przedmiotu zamówienia; sprecyzowania jakie 34

elementy (kategorie kosztów) zostały ujęte w poszczególnych pozycjach kosztowych w tabeli (10 pozycji); sposób wyliczenia wszystkich pozycji kosztowych (zamawiający powinien wskazać także czego w przedstawionych wyliczeniach oczekuje np. w jaki sposób wykonawca skalkulował koszty delegacji: dla ilu osób, ile i z jakich założeń przez niego przyjętych to wynika); jak wykonawca skalkulował koszty wynagrodzenia poszczególnych pracowników (w tym jaką formę zatrudnienia przyjął, w jaki sposób wyliczył ich wynagrodzenia, czy wartości te uwzględniają dodatkowe obciążenia pracodawcy tj. składki na ubezpieczenie społeczne, zawierają rezerwy urlopowe, absencję związaną z chorobą pracownika itp.). Powyższe wyliczenie jest jedynie przykładowe i nie stanowi wyczerpującej listy informacji, o które zamawiający powinien poprosić wykonawcę American Systems, wzywając go do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający winien w treści pisma również pouczyć wykonawcę o konsekwencji braku złożenia wyjaśnień, lub też jeśli te nie będą wyczerpujące, oraz o konieczności przedłożenia stosownych dowodów."

Pismem z dnia 15 lutego 2023 r. Zamawiający, wykonując ww. wyrok Izby, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp w związku z tym, że cena całkowita oferty budzi wątpliwości co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia i jest niższa o co najmniej 30% od średniej ofert złożonych w przedmiotowym postepowaniu, Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia kosztu złożonej oferty. Zamawiający zwrócił się z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty i dołączenia stosownych dowodów na potwierdzenie ceny w złożonej ofercie za realizację przedmiotowego zamówienia, w celu udowodnienie, że w świetle rosnącej inflacji, rozszerzenia subskrypcji EDS API do 10 lat, rozszerzenia licencji własnych, 7 letniego okresu gwarancji wsparcia technicznego , zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający wskazał, iż w wyjaśnieniach z dnia 22.11.2022 dotyczących ceny oferty pod kątem ceny rażąco niskiej Przystępujący podał wyjaśnienia ogólne, nie poparte żadnymi wyliczeniami. Wykonawca przedstawił koszty realizacji zamówienia w tabeli (Zamawiający wskazał na dane z niej wynikające). Firma Sygnity Business Solutions w odwołaniu z dnia 27 grudnia 2022r. odnośnie ww. kosztów zawartych w tabeli stwierdza cyt. „Z przywołanej kalkulacji nie da się jakkolwiek wydedukować, ani jakie konkretne kategorie kosztów zostały zawarte w poszczególnych pozycjach kosztowych (których jest łącznie tylko 10), ani też jaką wykonawca przyjął pracochłonność poszczególnych zadań, gdyż poza pozycją dotyczącą wsparcia (84 m-ce) każda pozycja kosztowa została określona jako 1 szt. Wykonawca wskazał w samej treści wyjaśnień przeciętne obowiązujące wynagrodzenia dla 4 kategorii pracowników (Kierownik projektu, programisty, specjalisty ds. wdrożeń oraz specjalisty do spraw szkoleń), ale informacja ta pomija zarówno informację, czy mowa o

osobach zatrudnionych na umowę o pracę, czy B2B, czy wartości te uwzględniają dodatkowe obciążenia związane ze składkami na ubezpieczenia społeczne, PPE, czy zawierają rezerwy urlopowe, koszty zastępstw, potencjalnych nieobecności związanych z chorobami. Czy uwzględniono ewentualne podwyżki, szkolenia i inne koszty dodatkowe, jak np. szkolenia. Załączona do wyjaśnień kalkulacja ceny zamiast rozwiewać wątpliwości generuje ich jeszcze więcej. Pojawiają się bowiem pytania o to, jak to możliwe, aby koszty delegacji pracowników w ramach projektu stanowiły przeszło 60% kosztów dostarczenia, zainstalowania i uruchomienia systemu bibliotecznego (czyli całego wdrożenia)? Dlaczego drugą największą pozycją kosztową kalkulacji jest pozycja o nazwie „Zabezpieczenie projektu" — co w niej zostało ujęte, skoro jej wartość jest większa niż łączny koszt licencji, analizy przedwdrożeniowej oraz samego wdrożenia? Co z dodatkowymi kosztami realizacji umowy, o których w ogóle nie ma mowy w wyjaśnieniach, jak np. inflacja czy ryzyka kontraktowe?". W związku z przedstawionymi przez wykonawcę Sygnity Business Solutions zarzutami dotyczącymi braku szczegółowej kalkulacji ceny oferty złożonej przez Wykonawcę American Systems, oraz nakazem Krajowej Izby Odwoławczej dot. wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty, Zamawiający wniósł o przedstawienie wyjaśnień dotyczących szczegółowego wyliczenia wszystkich pozycji kosztowych wymienionych w tabeli tj. - wyliczenia kosztów wynagrodzenia poszczególnych pracowników (w tym podanie formy zatrudnienia, sposobu wyliczenie wynagrodzenia poszczególnych pracowników z podaniem składek na ubezpieczenie społeczne, rezerwy urlopowe, i inne koszty pracy); - wyliczenia kosztów delegacji, - kalkulacji płatnej licencji wyszukiwarki naukowej EBSCO na 10 lat, - wyliczenia innych czynników, które zadecydowały o wysokości ceny oferty. Zamawiający podkreślił, że usługi informatyczne stanowiące przedmiot zamówienia to głównie koszty osobowe (wynagrodzenie pracowników) i one stanowią dużą część ceny oferty.

Jednocześnie Zamawiający wniósł o przedstawienie szczegółowej kalkulacji dotyczącej płatnej licencji wyszukiwarki naukowej EBSCO na 101at wraz z dołączeniem dowodu tj. oferty firmy udzielającej takiej subskrypcji. To właśnie ten element kalkulacji ceny mógł spowodować, tak dużą różnicę w cenach złożonych ofert. Z wyjaśnień złożonych przez firmę American Systems (pismo z dnia 22.11.2022) dotyczące licencji EBSCO wynika, że American Systems do wyceny przyjął licencję krajową EBSCO dostarczaną wszystkim uniwersytetom i instytucjom systemu szkolnictwa wyższego i nauki opłacanej przez Ministerstwo Edukacji i Nauki. Jak pisze Wykonawca American System cyt. dodatkowo w wycenie zabezpieczenia projektu przewidział możliwość finansowania licencji EBSCO w razie zaprzestania finansowania prze Ministerstwo Edukacji i Nauki. Wykonawca wyjaśnia, że w przypadku finansowania przez Ministerstwo Edukacji i Nauki licencji krajowej przez wymagany okres tj. 10 lat, marża wykonawcy zostanie powiększona o zakładane

zabezpieczenie". Jak już Zamawiający informował Wykonawcę, w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał dostarczenia subskrypcji "API EDS EBSCO" oraz zintegrowania wyszukiwarki oferowanego systemu bibliotecznego z EDS EBSCO poprzez API. Specyfikację funkcji API EDSS zawiera OPZ. Pkt. VI. EDS API EBSCO (dostęp w ramach wykupionej subskrypcji) EDS API jest interfejsem programistycznym wyszukiwarki naukowej EBSCO Discovery Service (EDS), który powinien zostać zintegrowany z wyszukiwarką systemu bibliotecznego. Wymagania dla integracji wyszukiwarki zamawiającego z API EDS zawiera OPZ. PKT V. Zakres integracji wyszukiwarki z API EBSCO Discovery Service (API EDS). W efekcie wykonanej zgodnie z OPZ integracji czytelnik powinien z jednego okna oferowanej wyszukiwarki bibliotecznej jednym zapytaniem przeglądać katalog biblioteki oraz bazy dostępne w EDS EBSCO, w tym te dostępne w ramach licencji krajowej. W tym samym miejscu (wyszukiwarka systemu bibliotecznego) czytelnik

powinien mieć również dostęp do swojego konta w bibliotece i dostępnych usług bibliotecznych. Oferent powinien w ramach wynagrodzenia za przedmiot umowy dostarczyć ww. subskrypcję API EDS na okres 10 lat oraz pokryć wszystkie ewentualne koszty uzyskania niezbędnych zgód i współpracy z dostawcą API EDS tj. firmą EBSCO. Darmowa oferta EBSCO obejmuje dostęp dla użytkowników do innego rozwiązania firmy EBSCO, platformy z polskim interfejsem czyli EBSCOhost. Jest to odmienny produkt niż EBSCO Discovery Service (EDS), oferowany nieodpłatnie wraz z bazami na licencji krajowej instytucjom, dla których takie mniej zaawansowane i nieodpłatne rozwiązanie jest wystarczające. W przypadku dostarczenia tego nieodpłatnego rozwiązania nie ma mowy o uzyskaniu integracji zgodnie z wymaganiami OPZ pkt. V, a czytelnik będzie musiał prowadzić odrębne wyszukiwania w katalogu bibliotecznym, a następnie ten sam warunek wyszukiwawczy będzie musiał powtórzyć dla osobnego wyszukiwania w bazach umieszczonych na EBSCOhost. W ten sposób przeszukiwanie katalogu, baz na licencji krajowej oraz ewentualnie innych zasobów elektronicznych biblioteki (np. IBUK LIBRA, baz na licencji Open Access) przez czytelnika będzie się odbywało w trzech różnych miejscach, a Zamawiający nie będzie mógł udostępnić w wyszukiwarce bibliotecznej zintegrowanych usług bibliotecznych, co jest przedmiotem zamówienia. Oprócz wygody użytkownika przy korzystaniu ze zintegrowanego rozwiązania (integracja EDA z wyszukiwarka biblioteczną) istnieje dodatkowo także zasadnicza różnica pomiędzy tymi dwoma rozwiązaniami firmy EBCSO mająca wpływ na zakres dostępu Zamawiającego do zasobów elektronicznych. Kupując subskrypcję API EDS Zamawiający uzyskuje dostęp z możliwością jednoczesnego ich przeszukiwania do: baz na licencji krajowej wszystkich dostawców, z którymi zostały podpisane umowy na dany rolę, np. EBSCO, Springer, Wiley, Nature, Science; szerokiego wyboru baz na licencji Open Access.

Zamawiający podkreślił, że przedstawienie stosownych wyjaśnień i dowodów jest obowiązkiem Wykonawcy. Wykonawca ma udzielić wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Obowiązek ten wynika z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych." Zamawiający poinformował, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że zaoferowana cena jest realna i wiarygodna. Ponadto wykonawca może według własnego uznania przedstawić wszelkie okoliczności, informacje i dowody, które w ocenie wykonawcy są istotne do wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny zamówienia, a których zamawiający nie wymienił powyżej.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący wskazał, iż udziela wyjaśnień, w postaci szczegółowego wyliczenia pozycji kosztowych oferty Wykonawcy wraz ze stosownymi dowodami. Kalkulacja szczegółowa pozycji kosztowych z oferty Wykonawcy stanowi załącznik do niniejszego pisma i została wykonana jako dwa dokumenty/pliki Excel, tj. nr 1 pn. „Kalkulacja Nr 1" oraz nr 2 pn. „Kalkulacja Nr 2 – tajemnica przedsiębiorstwa". W zakresie pliku nr 2 pn. „Kalkulacja szczegółowa nr 2 – tajemnica przedsiębiorstwa" oraz powiązanych z nią dowodów, wobec zawartych w nich informacji o wynagrodzeniach liczbie osób, stanowiskach, czasie jednostkowym prac osób skierowanych do wykonania zamówienia, tj. wobec wartości gospodarczej, handlowej i organizacyjnej ww. informacji Wykonawca zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa w powyższym zakresie. Uzasadnienie szczegółowe dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wskazanym zakresie znajduje się w części III pisma.

Przystępujący wskazał, iż Kalkulacja Nr 1 zawiera szczegółowe wyliczenie wartości kosztów netto/brutto części pozycji kosztowych Oferty Wykonawcy wskazanych w piśmie z dnia 22.11.2022 r. tj. w zakresie opisanym poniżej.

1) Licencje - Pozycja zawiera wskazanie kosztu licencji systemu. Przy czym należy wyjaśnić, że koszt licencji systemu jest w praktyce zyskiem Wykonawcy, gdyż system jest własnością Wykonawcy i jest w pełni wykonany. Licencja de facto powiększa marże projektu (tym samym powiększa też poziom zabezpieczenia projektu na wypadek nieprzewidzianych zdarzeń).

2) Koszty administracyjne - Na koszty administracyjne składają się: a) korespondencja – przesyłki pocztowe/kurierskie krajowe – pozycja zawiera kalkulację kosztów dotyczącą wymiany korespondencji pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym; Dowód: wydruk cennika

usług kurierskich/pocztowych krajowych b) opłaty na pomieszczenia biurowe i personel administracyjny – pozycja zawiera kalkulację kosztów najmu pomieszczeń biurowych przez Wykonawcę oraz personel administracyjny w zakresie przypisanym do niniejszego zamówienia.

3) Koszty delegacji - Na koszty delegacji składają się: a) noclegi – pozycja zawiera kalkulację dotyczącą zakwaterowania i noclegów osób skierowanych do realizacji zamówienia w siedzibie Zamawiającego; Dowód: wydruk ofert zakwaterowania i noclegów w mieście Przemyśl b) przejazdy – pozycja zawiera kalkulację dotycząca przejazdów osób wyznaczonych do realizacji zamówienia delegowanych do wykonywania Zamówienia w siedzibie Zamawiającego. Stawki za przejazdy uwzględniają przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2022 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy; c) dieta – pozycja zawiera kalkulację dotyczącą diet dla osób skierowanych do realizacji zamówienia delegowanych do wykonywania Zamówienia w siedzibie Zamawiającego. Stawki diet uwzględniają przepisy Rozporządzenia Ministra Rodziny I Polityki Społecznej z dnia 25 października 2022 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej. Wykonawca w ramach polityki kadrowej i płacowej zapewnia osobom delegowanym uposażenie w postaci diet.

4) Zabezpieczenie projektu - Z uwagi na wskazanie w niektórych miejscach OPZ, że wystarczająca dla Zamawiającego będzie licencja EBSCO host, koszt licencji EBSCO Discovery Service ujmowany był w zabezpieczeniu projektu. Wyliczenia kosztu licencji EBSCO Discovery Service opierają się na ofertach jakie Wykonawca (a wcześniej partner biznesowy Wykonawcy) otrzymali bezpośrednio od EBSCO. Dowód: e-mail z dnia 22 grudnia 2022 r. od przedstawiciela EBSCO, e-mail z dnia 14 czerwca 2022 r. od przedstawiciela EBSCO. Koszt licencji przy kursie wymiany USD przyjętym na 5 zł przedstawia się następująco:

Lp.	okres rozliczeniowy	wartość $	kurs $	wartość netto	VAT	wartość brutto
1.	1 rok	$ 4,200.00	5.00 zł	21,000.00 zł	23%	25,830.00 zł
2.	2 rok	$ 4,284.00	5.00 zł	21,420.00 zł	23%	26,346.60 zł
3.	3 rok	$ 4,370.00	5.00 zł	21,850.00 zł	23%	26,875.50 zł
4.	4 rok	$ 4,457.00	5.00 zł	22,285.00 zł	23%	27,410.55 zł
5.	5 rok	$ 4,546.00	5.00 zł	22,730.00 zł	23%	27,957.90 zł
6.	6 rok	$ 4,637.00	5.00 zł	23,185.00 zł	23%	28,517.55 zł
7.	7 rok	$ 4,730.00	5.00	23,650.00 zł	23%	29,089.50 zł
8.	8 rok	$ 4,824.00	5.00 zł	24,120.00 zł	23%	29,667.60 zł
9.	9 rok	$ 4,921.00	5.00 zł	24,605.00 zł	23%	30,264.15 zł
10.	10 rok	$ 5,019.00	5.00 zł	25,095.00 zł	23%	30,866.85 zł

SUMA 229,940.00 zł 282,826.20

5) Marża - Pozycja zawiera marżę Wykonawcy.

Dalej Przystępujący wyjaśnił, iż Kalkulacja Nr 2 zawiera szczegółowe wyliczenie wartości kosztów netto/brutto części pozycji kosztowych Oferty Wykonawcy wskazanych w piśmie z dnia 22.11.2022 r. tj. w zakresie opisanym poniżej. Koszt jednostkowy netto w załączonym pliku jest jednocześnie całkowitym kosztem jednostkowym brutto jaki w odniesieniu do każdej z osób będzie obciążał Wykonawcę (czyli koszt ten obejmuje obciążenia publicznoprawne ponoszone przez Wykonawcę samodzielnie i w imieniu współpracownika). Dowód: „Kalkulacja nr 2 – tajemnica przedsiębiorstwa". 1) Analiza przedwdrożeniowa - Pozycja zawiera wskazanie kosztu Wykonawcy jako wynagrodzenia dla poszczególnych osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz ze wskazaniem ilości czasu przeznaczonego na wykonanie zadania. 2) Dostarczenie, zainstalowanie, i uruchomienie Systemu Bibliotecznego - Pozycja zawiera wskazanie kosztu Wykonawcy jako wynagrodzenia dla poszczególnych osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz ze wskazaniem ilości czasu przeznaczonego na wykonanie zadania. 3) Szkolenie wraz z materiałami - Pozycja zawiera wskazanie kosztu Wykonawcy jako wynagrodzenia dla poszczególnych osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz ze wskazaniem ilości czasu przeznaczonego na wykonanie zadania. Jako dowód wskazano umowy z dnia 1.09.2022 oraz aneks do umowy z dnia 10.06.2021 r.

Następnie Przystępujący wskazał, iż zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy, w zakresie wynagrodzeń osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym kosztów godzinowych jednej osoby; liczby i stanowisk osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia; liczby osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia; czasu pracy osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym czasów jednostkowych, zawarte w następujących dokumentach: 1) Kalkulacja Nr 2 – tajemnica przedsiębiorstwa, 2) umowy z dnia 1.09.2022 r., 3) aneks do umowy z dnia 10.06.2021 r. Zastrzeżone informacje stanowiące kalkulację jednostkową ceny oferty złożonej przez Wykonawcę. Informacje obejmują szczegółowe dane o wynagrodzeniach, liczbie, stanowiskach, czasie pracy osób skierowanych do realizacji zamówienia przez Wykonawcę i jako informacje mające wartość gospodarczą i handlową, tym samym znajdujące się w sferze know-how Wykonawcy, oraz stanowiące informacje organizacyjne Wykonawcy, nie mogą być udostępnione publicznie. Informacje zastrzeżone podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Informacje w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych, zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, powstały na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne w PANS w Przemyśl. Dlatego też sposób budowania

strategii cenowej w ofercie Wykonawcy i elementy składowe tej strategii (kalkulacja szczegółowa wynagrodzeń i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią know-how przedsiębiorstwa, jako posiadające wartość handlową i gospodarczą. Ujawnienie tych informacji, może wywołać negatywne dla Wykonawcy konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę.

Przystępujący wskazał na art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz orzecznictwo dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Przystępującego kalkulacja szczegółowa ceny wykonana przez Wykonawcę, w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych może zostać zaliczona do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Pokazują one w sposób precyzyjny kalkulację ceny oferty Wykonawcy. Dane przyjęte szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych nie są powszechnie dostępne konkurującym z American Systems sp. z o.o. wykonawcom i nie są możliwe przez nich do ustalenia. Stanowią one bowiem know-how Wykonawcy. Informacji takich Wykonawca nie był zobowiązany podać wraz z ofertą, a zostały one ujawnione Zamawiającemu dopiero w drodze wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wszystkie informacje kalkulacji szczegółowej, w zakresie kosztów poszczególnych składników

cenotwórczych, tj. informacji dot. wynagrodzeń, liczby, rodzaju stanowisk, czasu pracy osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, wymienione na wstępie niniejszego pisma zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie były udostępniane nigdy w sposób publiczny. Nie zostały również zamieszczone na żadnych stronach internetowych Wykonawcy i innych jego podwykonawców, kontrahentów etc. Wykonawca w szczególny sposób zadbał o zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – wynagrodzeń, liczby, rodzaju stanowisk, czasu pracy osób wykonujących pracę lub świadczących usługi dla Wykonawcy - między innymi poprzez zobowiązania osób wykonujących pracę lub świadczących usługi dla Wykonawcy do zachowania poufności. Działania takie podyktowane są również stosowaniem następujących zasad ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy: 1. klauzule poufności w umowach z osobami i instytucjami wykonującymi pracę lub świadczące usługi na rzecz Wykonawcy, klauzule poufności w umowach handlowych, które dotyczą kontrahentów oraz dalszych kontrahentów, ich pracowników oraz osoby z nimi współpracujące, 2. politykę bezpieczeństwa informacji. Dowód: wyciągi z umów o zachowaniu poufności i polityki bezpieczeństwa. Ponadto Wykonawca podejmując działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeganych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewnił również wskazane poniżej środki techniczne oraz organizacyjne takie jak: 1. system kontroli dostępów do pomieszczeń, 2. system monitoringu, 3.

całodobowa ochrona fizyczna, 4. system alarmowy, 5. wszyscy użytkownicy komputerów pracują w środowisku domenowym Windows, 6. pełna identyfikacja i rozliczalność (unikatowe loginy, uwierzytelnianie na podstawie bezpiecznego hasła, historia logowań), 7. kontrola zainstalowanego oprogramowania, 8. zapory sieciowe, firewalle (filtrowanie ruchu), 9. system antywirusowy, 10. serwer proxy (filtrowanie i monitorowanie ruchu), 11. transmisja do wewnętrznych systemów jest szyfrowana (hasła są szyfrowane), 12. do zasobów mają dostęp tylko osoby, które potrzebują ich do wykonywania obowiązków służbowych, 13. transmisja (klient-serwer), 14. wiadomości na serwerze są zaszyfrowane, 15. możliwość szyfrowania treści całej wiadomości (podpisy cyfrowe), 16. serwery są umieszczone w bezpiecznych pomieszczeniach.

W świetle powyższego, zdaniem Przystępującego, zarówno metodę kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego w celu wykazania, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, należy zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa American Systems sp. z o.o. i informacje te mogą być przedmiotem ochrony poprzez ich utajnienie przed innymi podmiotami. Przystępujący wskazał na orzeczenia KIO i Sądu Najwyższego. Ponadto z ostrożności wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca winien uprawdopodobnić/wykazać spełnienie przesłanek do objęcia informacji tajemnicą. Mając na uwadze zarówno przepisy prawa polskiego, jak i przedstawione powyżej poglądy doktryny i judykatury, należy stwierdzić, że Wykonawca prawidłowo zakwalifikował zastrzeżone w petitum pisma części wyjaśnień rażąco niskiej ceny – kalkulacji szczegółowej i związanych z nią dowodów, jako część zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Wszystkie przesłanki poprawności zakwalifikowania powyższej części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zachowane tj.: 1) informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach, mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa oraz są informacjami mającymi istotną wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, 2) informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) jako podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi Wykonawca podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Przystępujący dodał na marginesie, iż Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec., str. 1965, pkt 28 oraz wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. Str. I-1911, pkt 37). Nieujawnienie zatem informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez Wykonawcę zastrzeżona w odpowiednim czasie, nie narusza zasady uczciwej

konkurencji i równego traktowania, a wręcz przeciwnie – stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

Zamawiający w dniu 3 marca 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny wyszukiwarki naukowej EDS API, wskazując, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia budzą wątpliwości. Zamawiający wskazał, iż najwięcej wątpliwości budzi wyliczenie kalkulacji płatnej licencji wyszukiwarki naukowej EDS API na 10 lat w zakresie jako opisał Zamawiający w SWZ. W złożonym dokumencie zawierającym wycenę dostępu do bazy EBSCO, są podane ceny w dolarach na okres 10 lat, ale dokument nie zawiera zakresu pisanego w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił się z wnioskiem o doprecyzowanie złożonych wyjaśnień i przedłożenie dowodu, że EDS API obejmuje dostęp do pełnej funkcjonalności wyspecyfikowanej w OPZ.

Przystępujący w odpowiedzi przekazał korespondencję mailową dotyczącą wyceny przez EBSCO Information Services dostępu do EDS API, wraz z potwierdzeniem, że przedstawiona wycena 10-letniego dostępu do EBESCO EDS API obejmuje funkcjonalności zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia do postępowania (korespondencja z dnia 2122.12.2022 r. i 7-8.03.2023 r.).

Zamawiający w dniu 10 marca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

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

Izba uznała za zasadny zarzut nr 3 odwołania w zakresie dotyczącym naruszenia art. 16 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8

oraz 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, iż oferta przez niego złożona zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

Przywołując ww. regulacje prawne należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto w świetle art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (wezwanym do wyjaśnień w oparciu o art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp – przyp. 43

Izby). W myśl ust. 6 tego przepisu odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Art. 16 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała kwestia rozkładu ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym. Izba wskazuje, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do wyjaśnień w tym przedmiocie, na co wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Powyższe ma bardzo istotne znaczenie, ponieważ to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (por. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Z kolei w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wskazany obowiązek dowodowy ma dla wyniku postępowania odwoławczego zasadnicze znaczenie. Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19, „ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu.” Kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego powoduje, że rolą stron, między którymi toczy się spór, jest udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się do oceny prezentowanego w toku

postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Inicjatywa stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zatem zasadniczy wpływ na rozstrzygnięcie.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że Przystępujący nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny ani składając wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia Przystępującego składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przedmiocie wyliczenia ceny oferty zawierały niespójności, w wielu aspektach były relatywnie ogólne i nie odnosiły się do wszystkich wskazanych przez Zamawiającego zagadnień. Przede wszystkim należy wskazać tu na kwestię wyliczenia kosztów osobowych. Izba w wyroku z dnia 12 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3468/22, KIO 3498/22, nakazując Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do wyjaśnień, wskazała minimalny zakres tego wezwania – wezwanie miało obejmować co najmniej konieczność wyjaśnienia wątpliwości w zakresie wyliczenia kwoty za usługę API EDS EBSCO, zgodnie z zapisem opisu przedmiotu zamówienia; sprecyzowania jakie elementy (kategorie kosztów) zostały ujęte w poszczególnych pozycjach kosztowych w tabeli (10 pozycji); wskazania sposobu wyliczenia wszystkich pozycji kosztowych, wskazania jak wykonawca skalkulował koszty wynagrodzenia poszczególnych pracowników (w tym jaką formę zatrudnienia przyjął, w jaki sposób wyliczył ich wynagrodzenia, czy wartości te uwzględniają dodatkowe obciążenia pracodawcy tj. składki na ubezpieczenie społeczne, zawierają rezerwy urlopowe, absencję związaną z chorobą pracownika itp.). Zamawiający, kierując się powyższymi wytycznymi, w treści wezwania z dnia 15 lutego 2023 r. wskazał na konieczność przedstawienie wyjaśnień dotyczących szczegółowego wyliczenia wszystkich pozycji kosztowych wymienionych w tabeli, tj.: wyliczenia kosztów wynagrodzenia poszczególnych pracowników (w tym podanie formy zatrudnienia, sposobu wyliczenia wynagrodzenia poszczególnych pracowników z podaniem składek na ubezpieczenie społeczne, rezerwy urlopowe, i inne koszty pracy); wyliczenia kosztów delegacji, kalkulacji płatnej licencji wyszukiwarki naukowej EBSCO na 10 lat, wyliczenia innych czynników, które zadecydowały o wysokości ceny oferty.

Z powyższego wynikał w sposób jednoznaczny obowiązek przedstawienia przez Przystępującego wyliczenia kosztów wynagrodzenia poszczególnych pracowników, w tym podanie formy zatrudnienia, sposobu wyliczenia wynagrodzenia z podaniem składek na ubezpieczenie społeczne, rezerwy urlopowe, i inne koszty pracy. Zamawiający przy tym słusznie w treści wezwania podkreślił, że usługi informatyczne stanowiące przedmiot zamówienia to głównie koszty osobowe (wynagrodzenie pracowników) i stanowią dużą część ceny oferty. Izba po weryfikacji wyjaśnień, w tym objętej tajemnicą przedsiębiorstwa

kalkulacji nr 2 oraz załączników nr 7 i 8 do wyjaśnień, uznała za prawidłowe stanowisko Odwołującego, iż w wyjaśnieniach z dnia 23 lutego 203 r. brak jest konkretnych informacji o kosztach wynagrodzenia pracowników, w tym wymaganych przez Zamawiającego (zgodnie z wytycznymi Izby) danych: „formy zatrudnienia, sposobu wyliczenia wynagrodzenia poszczególnych pracowników z podaniem składek na ubezpieczenie społeczne, rezerwy urlopowe, i inne koszty pracy." Przystępujący podał jedynie w kalkulacji nr 2 stawki godzinowe netto przyjęte dla osób zatrudnionych na pewnych stanowiskach, stwierdzając w sposób ogólny, że koszt jednostkowy netto jest całkowitym kosztem jednostkowym brutto, jaki będzie obciążał wykonawcę (obejmującym obciążenia publicznoprawne). Przystępujący nie przedstawił żadnego wyjaśnienia, jakie faktycznie koszty pracy uwzględnił, jaką formę zatrudnienia przyjął, jakie przyjął koszty obciążeń publicznoprawnych, koszty zastępstw, etc. Załączone jako dowód umowy (zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa) nie korelują z danymi dotyczącymi wynagrodzenia podanymi w wyjaśnieniach z dnia 22 listopada 2022 r. (w szczególności w zakresie formy zatrudnienia, poziomów wynagrodzeń). Przystępujący co prawda przedstawił w kalkulacji nr 2 wyliczenia w zakresie pracochłonności (przyjęte liczby godzin dla poszczególnych czynności wykonywanych przez osobę pełniącą daną funkcję), niemniej wyliczenia te mogą służyć jedynie ocenie, czy pracochłonność tą przyjętą na odpowiednim poziomie, gwarantującym należyte wykonanie zamówienia. Co do samych kosztów pracy Przystępujący poza stawką godzinową nie podał żadnych danych, podczas gdy w świetle wezwania powinien to uczynić. Przedstawione przez Przystępującego w tym zakresie informacje są na tyle ogólne, że nie poddają się weryfikacji. Przede wszystkim jednak wyjaśnienia w omawianym aspekcie nie czynią zadość wezwaniu, jakie zostało do wykonawcy skierowane, co już samo w sobie powoduje, że nie sposób uznać je za uwiarygadniające zaoferowaną cenę. Przystępujący nie odpowiedział konkretnie na zadane mu jednoznaczne pytanie o sposób wyceny kosztów osobowych (w tym zastępstw, absencji, obciążeń publicznoprawnych, wzrostu wynagrodzeń związanego z inflacją, formy zatrudnienia itp.), podczas gdy zagadnienie to dotyczyło istotnego elementu cenotwórczego, koszty osobowe stanowią bowiem zasadniczy składnik wynagrodzenia za usługi. Na konieczność wyjaśnienia tego aspektu jasno wskazała zarówno Izba, jak i Zamawiający.

Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, powinien mieć świadomość, jakie konsekwencje wiążą się z nieudzieleniem kompleksowych wyjaśnień w wymaganym zakresie. Obowiązkiem wykonawcy do którego zamawiający kieruje żądanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp jest wyjaśnienie tych kwestii, o które zamawiający pyta, z kolei zamawiający oceniając wyjaśnienia przedstawione przez danego wykonawcę ma zweryfikować, czy otrzymał przekonywujące odpowiedzi na pytania, które zadał. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy

Odwoławczy z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 155/21, wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę powinny być tego rodzaju, że eliminują wątpliwości dotyczące poprawności obliczenia ceny oferty wyrażone przez zamawiającego, w związku z tym podlegają ocenie również pod kątem adekwatności przekazywanych informacji do treści wezwania. Wyjaśnienia, które nie udzielają odpowiedzi na konkretne pytanie dotyczące istotnego elementu składowego ceny w postaci kosztów osobowych, nie mogą być uznane za eliminujące wątpliwości co do ceny oferty. Znamiennym jest przy tym, że Przystępujący przemilczał kwestię braku udzielenia odpowiedzi na ww. zagadnienie w postępowaniu odwoławczym, temat związany z wynagrodzeniem osób skierowanych do realizacji zamówienia całkowicie pominął.

Okolicznością istotna dla rozstrzygnięcia było także to, że Przystępujący ani w piśmie procesowym, ani na rozprawie nie odniósł się do większości argumentacji zawartej w odwołaniu. Izba stwierdziła, że argumentacja Odwołującego dotycząca zarzutu rażąco niskiej ceny była obszerna i szczegółowa, jednak Przystępujący co do zasadniczej jej części się nie wypowiedział. Aby zobrazować powyższe można wskazać to, że argumentacja zawarta w piśmie procesowym Przystępującego została ograniczona do hasłowych deklaracji zawartych na jednej stronie pisma. Jak wskazano powyżej, rozkład ciężaru dowodu ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia – skoro Odwołujący przedstawił szereg twierdzeń zmierzających do wykazania nierzetelności udzielonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a Przystępujący z większością z nich nawet nie podjął polemiki, to wynik postępowania siłą rzeczy będzie dla niego negatywny. Nie jest bowiem rolą Izby przedstawianie argumentacji podważającej stanowisko Odwołującego, w sytuacji gdy Przystępujący tego zaniechał. Zamawiający do argumentacji Przystępującego również się nie odniósł. Przy tym Izba wskazuje, że Przystępujący zarzucił Odwołującemu w piśmie procesowym wybiórcze odnoszenie się do fragmentów przedstawionych wyjaśnień, podczas gdy sam odniósł się do twierdzeń Odwołującego jedynie wybiórczo i do tego w półsłowach.

Przystępujący nie odniósł się do argumentacji Odwołującego dotyczącej złożenia niewystraczających wyjaśnień, w tym wątpliwości dotyczących kosztów administracyjnych czy braku przedstawienia w wyjaśnieniach istotnych elementów kalkulacji. Na uwagę zasługuje w szczególności okoliczność, iż Przystępujący pominął w swoim stanowisku wszelkie aspekty odnoszące się do kwestii przyjętego poziomu pracochłonności oraz przyjętego poziomu wynagrodzeń, w tym m.in. nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego, z których wynikało, że przyjęty przez Przystępującego koszt wsparcia projektu na poziomie 2 400 zł netto w skali miesiąca nie gwarantuje wykonania wymaganego zakresu usług serwisowych. Wskazać należy, że sam fakt załączenia do wyjaśnień kalkulacji nr 2 (tajemnica przedsiębiorstwa), która zawiera szacowaną liczbę godzin oraz przyjętą stawkę

godzinową, nie może zostać uznany za wystarczający w sytuacji, gdy poza przedstawieniem wraz z wyjaśnieniami suchych danych, Przystępujący w postępowaniu odwoławczym nie powiedział nawet zdania, które przeczyłoby twierdzeniom Odwołującego o zbyt niskim poziomie miesięcznych kosztów wsparcia. Powyższe dotyczy de facto wszelkich kosztów osobowych. Przystępujący nie odniósł się w ogóle do podniesionych w odwołaniu wątpliwości dotyczących przyjętego poziomu wynagrodzeń. Nie odparł także twierdzeń Odwołującego podważających wiarygodność załączonych do wyjaśnień umów. Dodać należy, że dane osobowe w tych umowach zostały zanonimizowane, wobec czego nie jest możliwe zweryfikowanie, czy dotyczyły one osób skierowanych do realizacji zamówienia, Przystępujący zaś nie wypowiedział się w tym zakresie. Trudno także odnieść wskazane w umowach stawki godzinowe do poziomu wynagrodzeń pracowników opisanego we wcześniejszych wyjaśnieniach Przystępującego, Przystępujący zaniechał

jakiegokolwiek wyjasnienia tej kwestii. Bierna postawa Przystępującego spowodowała, że w zasadzie nie jest możliwe dokonanie pozytywnej weryfikacji, czy przedstawione umowy w sposób wiarygodny odzwierciedlają rzeczywiste stawki wynagrodzenia. Odwołujący wskazał także, że fakt przedstawienia umów zawartych dopiero we wrześniu 2022 r. podważa wiarygodność wcześniej złożonych przez Przystępującego wyjaśnień i zaprezentowanych tam założeń co do sposobu szacowania projektu i przyjętych oszczędności, do czego Przystępujący również się nie odniósł.

W odwołaniu zwrócono także uwagę także na szereg kosztów, na które Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach z 22 listopada 2022 r., a które pominął w wyjaśnieniach z dnia 23 lutego 2023 r. Przystępujący wątpliwości podniesione w odwołaniu skwitował jedynie ogólnymi stwierdzeniami, że określone koszty uwzględniono odpowiednio w kosztach osobowych, czy kosztach administracyjnych. Oświadczenie takie jednak w ocenie Izby nic za sobą nie niesie, bowiem w oparciu o przedstawione wraz z wyjaśnieniami zestawienia kosztów nie da się powyższego zweryfikować, a szerszej argumentacji, która uzasadniałaby stanowisko Przystępującego, Przystępujący nie przedstawił. Przystępujący nie był także w stanie precyzyjnie wyjaśnić rozbieżności dotyczących wskazanej w ofercie ceny licencji (480 000 zł netto) w zestawieniu z kosztami licencji podanymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (80 000 zł netto), czy też tego, jakie konkretnie koszty ujął we wskazanych w formularzu ofertowym pozycjach „Licencja dostępowa (wieczysta) systemu informatycznego System biblioteczny" oraz „Wdrożenie (instalacja, konfiguracja, dostosowanie, przygotowanie dokumentacji) systemu informatycznego System biblioteczny". Przystępujący w piśmie procesowym do tych kwestii w ogóle się nie odniósł, a podczas rozprawy jedynie w sposób hasłowy próbował przyporządkować poszczególne pozycje z tabeli zawartej w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny do formularza ofertowego, bez szerszego wyjaśnienia powodów takiego

działania. Prawdą jest, że formularz ofertowy nie wymienia kompleksowo wszystkich pozycji, jakie były wyceniane przez wykonawcę, niemniej na podstawie prezentowanych przez Przystępującego, dość ograniczonych informacji dotyczących kalkulacji, trudno jest prześledzić jego tok rozumowania, a tym samym zweryfikować jego prawidłowość. Izba zgodziła się również z Odwołującym, że w wyjaśnieniach z dnia 23 lutego 2023 r. wskazano jedynie ogólne dane, nie wytłumaczono założeń, jakie przyświecały Przystępującemu podczas kalkulacji określonych kosztów.

Jedynie dodatkowo Izba wskazuje, iż w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia Przystępującego są niedostateczne także w zakresie odnoszącym się do kosztu licencji EDS API. Po pierwsze między wyjaśnieniami składanymi przez Przystępującego zachodzi ewidentna niespójność, wykonawca pierwotnie wskazywał bowiem na zapewnienie w pozycji „Zabezpieczenie projektu" licencji EBSCO Host (w przypadku zaprzestania jej finansowania przez MEiN), kolejno zaś na ujęcie w tej pozycji kosztu zapewnienia licencji EBSCO Discovery (EDS). Przystępujący przy tym nie wyjaśnił w sposób konkretny rozbieżności w swoim stanowisku, a jedynie lakonicznie stwierdził, że Zamawiający wskazał w OPZ, że wystraczająca będzie licencja EBSCOhost, dlatego koszt licencji EBSCO Discovery Service ujął w zabezpieczeniu projektu. Wyjaśnienie takie w ocenie Izby trudno uznać za wiarygodne, skoro OPZ wprost wskazywał na licencję EDS API, a na obowiązek zapewnienia tej właśnie licencji wskazano też już w pierwszym wezwaniu. Po drugie wątpliwości budzić może okoliczność, że kwota podana w pozycji „Zabezpieczenie projektu" w wyjaśnieniach z dnia 22 listopada 2022 r. odpowiada konkretnie wyliczeniom kosztów licencji EDS wynikającym z oferty EBSCO z dnia 22 grudnia 2022 r., podczas gdy Odwołujący składając pierwsze wyjaśnienia nie dysponował tą ofertą, lecz ofertą partnera biznesowego z 14 czerwca 2022 r., w której wskazano inne dane co do kosztów. Wreszcie po trzecie, Zamawiający w wezwaniu z dnia 15 lutego 2023 r. jasno wskazał, iż oczekuje szczegółowej kalkulacji dotyczącej płatnej licencji EBSCO. Przystępujący był w tym zakresie wezwany już drugi raz (Zamawiający wymagał szczegółowego przedstawienia składowych ceny z rozbiciem na subskrypcję API EDS na 10 lat już w piśmie z 16 listopada 2022 r.), zatem powinien dołożyć należytej staranności, aby udzielić wyjaśnień w sposób wyczerpujący i konkretny. Wyjaśnienia te jednak dalej nie rozproszyły wątpliwości Zamawiającego, gdyż Zamawiający w dniu 3 marca 2023 r. wystąpił o kolejne wyjaśnienia odnoszące się ponownie do wyceny licencji EDS API. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia budzą dalej jego wątpliwości, zwłaszcza w zakresie wyliczenia kalkulacji płatnej licencji wyszukiwarki naukowej EDS API na 10 lat w zakresie jaki opisał Zamawiający w SWZ. Zamawiający zażądał doprecyzowanie złożonych wyjaśnień i przedłożenie dowodu, że EDS API obejmuje dostęp do pełnej funkcjonalności

wyspecyfikowanej w OPZ. W tym stanie rzeczy trudno uznać wyjaśnienia Przystępującego z dnia 23 lutego 2023 r. za rzetelne, wyczerpujące i konkretne.

Mając na uwadze stwierdzony stan rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie w powyższym zakresie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Uzupełniająco Izba wskazuje, iż nie potwierdziła się teza Odwołującego, iż w wyjaśnieniach pominięto koszty w zakresie wsparcia projektu, zostały one bowiem ujęte w kalkulacji nr 2 objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, aczkolwiek Izba zgodziła się ze stanowiskiem, że poza samym wyliczeniem nie przedstawiono szczegółowych założeń dotyczących przyjętych kosztów wynagrodzenia, na co wskazano powyżej. Ponadto Izba nie uwzględniła argumentów odwołania dotyczących kosztów audytu WCAG uznając za wiarygodne stanowisko Przystępującego, iż powyższe stanowi podstawę budowy produktu Przystępującego i koszt związany z audytem zawiera się w koszcie opłaty licencyjnej. Przystępujący przedstawił także dowód na poparcie kosztów wykonania takiego audytu, które odbiegały od wskazywanych przez Odwołującego.

Ponadto Izba za niezasadne uznała wskazanie przez Odwołującego w treści zarzutu nr 3 na niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia i związane z tym naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, aby oferta Przystępującego nie była zgodna ze ściśle określonymi w SWZ wymogami, uzasadnienie odwołania w zasadzie do tego zarzutu nie referuje. Odwołujący w tym kontekście wskazał jedynie, iż zaoferowany przez Przystępującego przedmiot umowy nie zawiera realizacji audytu zewnętrznego, niemniej stanowisko to oparte było na

przypuszczeniach i okazało się niezasadne, na co wskazano powyżej.

Izba za nieudowodniony uznała zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania pomimo tego, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił

informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, przesłanka wprowadzenia w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotna w przypadku tej przesłanki jest sama treść przedstawionej zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy to wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 66/22). Ponadto podkreślić należy, iż z uwagi na sankcyjny charakter przepisów przewidujących podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania ich treść należy wykładać w sposób ścisły, a spełnienie przesłanek skutkujących wykluczeniem musi zostać potwierdzone w sposób niebudzący wątpliwości.

Odwołujący wskazując na konieczność wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp powinien wykazać, że informacje przedstawione przez Przystępującego były niezgodne z rzeczywistością. Tymczasem zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w ocenie Izby nie daje dostatecznych podstaw do stwierdzenia w sposób jednoznaczny, że Przystępujący kalkulując cenę oferty nie zabezpieczył kosztów związanych z zapewnieniem licencji EDS API. Zgodzić należy się z Odwołującym, że na gruncie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w toku postępowania istnieją niespójności mogące sugerować, że Odwołujący przyjął nieprawidłowe założenia w powyższym zakresie, skoro w wyjaśnieniach z dnia 22 listopada 2022 r. wskazał na licencje EBSCO opłacane przez MEiN. Odwołujący jednak wyprowadził w ocenie Izby zbyt daleko idący wniosek uznając, że twierdzenia Przystępującego, iż przewidziane zabezpieczenie projektu pokrywało koszt zakupu licencji EDS API stanowią nieprawdziwe informacje. Podnoszone w odwołaniu niespójności w stanowisku Odwołującego wskazywać mogą na nierzetelność składanych wyjaśnień i jako takie rzutować na stwierdzenie podstaw odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, do czego Izba odniosła się przy zarzucie nr 3, niemniej nie są wystarczające do stwierdzenia istnienia podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 18 ust. 1 -3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego w postaci załącznika nr 6, 7 i 8 do wyjaśnień z dnia 23 lutego 2023 r. z uwagi na brak spełnienia przez Odwołującego przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia oraz fakt, iż w części nie stanowią one informacji spełniających przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., Izba uznała stanowisko Odwołującego za zasadne.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ust. 3 tego przepisu stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Jak wynika z powyższych przepisów kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 18 ust. 1 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W konsekwencji Przystępujący zobowiązany był wykazać, że po pierwsze zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu

i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Izby Przystępujący powyższemu obowiązkowi nie sprostał. Izba stwierdziła, że przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne i opiera się głównie na teoretycznych wywodach odwołujących się do elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i poglądów orzecznictwa, nie zawierając konkretnych, merytorycznych argumentów. Argumentacja odnosząca się do zastrzeganych informacji zawarta w piśmie Przystępującego ogranicza się do stwierdzenia, że są to informacje stanowiące know-how Wykonawcy oraz wskazania, że powstały one na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Zamawiającego, a ich ujawnienie może wywołać negatywne dla Wykonawcy konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę. Dalej Przystępujący dodaje jeszcze, że informacje te nie są znane jego konkurentom. Powyższe hasłowe stwierdzenia nie wykazują wartości gospodarczej informacji. Zauważyć należy, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie Przystępującego o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Stawiana przez Przystępującego teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia kalkulacji nr 2 nie została ani szerzej uzasadniona, ani wykazana. Słusznie podnosił Odwołujący, iż całe uzasadnienie obejmuje kilka lakonicznych zdań, ma charakter sztampowy. Niezasadne jest ponadto objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załączników nr 7 i 8 do wyjaśnień (umowy), skoro dane osobowe w tych dokumentach zostały zanonimizowane, a wartości gospodarczej informacji o stawkach godzinowych zawartych w tych dokumentach Przystępujący w ogóle nie wykazał, tym bardziej że jawne były średnie stawki pracowników zatrudnionych na określonych stanowiskach opisane przez Przystępującego w pierwszych wyjaśnieniach. Podkreślić należy, że zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż dokumenty przez nich składane co do zasady będą jawne. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określone cele biznesowe wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto należy wskazać, iż Przystępujący podkreślił, że zastrzeżone informacje zostały przygotowane na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przecież przedmiot zamówienia jest jawny i znany wykonawcom ubiegającym się o nie.

Załączona do wyjaśnień kalkulacja nr 2 dotyczy potwierdzenia rynkowego poziomu przyjętych kosztów osobowych właściwych dla tego konkretnego zamówienia. Wskazane tam założenia co do liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia czy czasu pracy zostały przyjęte na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem jego zakresu, charakteru i specyfiki. Przystępujący nie wskazał dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści kalkulacji kosztów osobowych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, miałoby faktycznie powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej Przystępującego. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania, jaką pracochłonność przyjął, nie przesądza automatycznie o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Przystępującego i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej na rynku.

Odnosząc się na koniec do stanowiska Zamawiającego, który podczas rozprawy wskazywał, że zastrzeganie pewnych informacji przez wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest praktyką, Izba wskazuje, iż obowiązkiem Zamawiającego jest każdorazowa wnikliwa analiza przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa pod kątem kumulatywnego wykazania wszystkich wymaganych przesłanek. Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro wykonawca twierdzi, że pewne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to faktycznie tak jest. Ciężar wykazania konieczności udzielenia informacjom ochrony, przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodać przy tym należy, iż uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji.

Podsumowując, Izba zgodziła się z Odwołującym, iż uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego nie wykazywało łącznego spełnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a przede wszystkim nie wykazywało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Należy jednak wskazać, iż w sytuacji kiedy Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego, kwestia zaniechania odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Przy tak sformułowanym rozstrzygnięciu, jednoczesne nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez Przystępującego załączników do wyjaśnień byłoby bezprzedmiotowe i dla wyniku postępowania nie miałoby żadnego znaczenia. Zasadniczy cel odwołania został osiągnięty - oferta Przystępującego została wyeliminowana z postępowania (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 23 kwietnia 2021 r., sygn. akt

XXIII Zs 18/21). Z przyczyn formalnych zatem przedmiotowy zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 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).

Odwołujący podniósł trzy zarzuty, z których zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę Izba uwzględniła (zarzut nr 3), zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd został oddalony (zarzut nr 2), zaś zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, zasadniczo potwierdził się, niemniej nie mógł podlegać uwzględnieniu z uwagi na brak wpływu na wynik postepowania.

Mając to na względzie Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego i Zamawiającego po połowie, nakładając na Zamawiającego obowiązek zwrotu na rzecz Odwołującego połowy kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....