Sygn. akt: KIO 4966/24

WYROK

Warszawa, 28 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Cuculus GmbH z siedzibą w Ilmenau, ENERGO-MOC Wzorcownia Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie,

uczestnik po stronie Zamawiającego: ISKRAEMECO d.d. z siedzibą w Kranj,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Cuculus GmbH z siedzibą w Ilmenau, ENERGO-MOC Wzorcownia Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4966/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Dystrybucja S.A.– prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawa Systemu Zdalnego Odczytu liczników energii elektrycznej oraz świadczenie usług serwisowych i wsparcia*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 lipca 2023 r. pod numerem 462777-2023.

27 grudnia 2024 r. Konsorcjum: Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., Cuculus GmbH z siedzibą w Ilmenau, ENERGO-MOC Wzorcownia Sp. z o.o. wniosło odwołanie, podnosząc następujące zarzuty:

1)zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie nieprawidłowej treści „Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej", tj. wskazanie w treści tej informacji wykonawcy ISKRAEMECO d.d., mimo że wykonawca ten nie złożył oferty w niniejszym postępowaniu;

2)zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 9 oraz art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ISKRAEMECO Sp. z o.o., mimo że oferta została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert oraz mimo że ISKRAEMECO Sp. z o.o. nie wniósł wadium;

3)zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu dokumentów/informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Sagemcom, tj. wyjaśnień w zakresie ceny;

4)zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 3 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5 i 6 i w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sagemcom, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Sagemcom i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5)zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1 – naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu dokumentów/informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę ISKRAEMECO d.d., tj. wyjaśnień w zakresie ceny;

6)zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sagemcom, mimo że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7)zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1 – naruszenia art. 223 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Iskraemeco d.d., mimo że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienia pisma „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej" z 16 grudnia 2024 r., odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, odrzucenia oferty ISKRAEMECO Sp. z o.o. i oferty Konsorcjum Sagemcom oraz powtórzenia oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Iskraemeco d.d. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego, który podnosił, że ww. spółka nie ma takiego interesu, gdyż nie złożyła oferty w niniejszym postępowaniu. Izba stwierdziła, że kwestia tego, czy spółka Iskraemeco d.d. złożyła ofertę w postępowaniu jest objęta zarzutami odwołania, a w konsekwencji musi być przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę. Ww. spółka nie może być z przyczyn formalnych pozbawiona możliwości udziału w postępowaniu odwoławczym i odpierania tych zarzutów. Uwzględnienie opozycji byłoby w tej sytuacji równoznaczne z przesądzeniem o zasadności zarzutów przed przeprowadzeniem rozprawy.

Zarzuty 1 i 2

Izba ustaliła, że w punkcie 4.2.1 Zamawiający określił wykaz dokumentów składających się na ofertę:

4.2.1.1 Wypełniony Formularz Oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON.

4.2.1.2 Wypełnione i podpisane Oświadczenie, wg Załącznika nr 1 do SWZ;

4.2.1.3 Formularz Wyceny, stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ - osobny plik Excel

4.2.1.4 Rekomendacja Wykonawcy Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO (wg wzoru Zamawiającego Załącznik nr 3 do SWZ - osobny plik Excel);

4.2.1.5 Pełnomocnictwo do podpisania oferty (w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika bezpośrednio z właściwego rejestru);

4.2.1.6 Pełnomocnictwo dla osoby posiadającej konto użytkownika na Platformie Zakupowej Grupy TAURON do złożenia oferty w formie elektronicznej w imieniu Wykonawcy (o ile nie wynika z innych dokumentów załączonych przez Wykonawcę);

4.2.1.7 Dowód wniesienia wadium, zgodnie z postanowieniami pkt 4.3.3.2. i 4.3.3.3. SWZ.

4.2.1.8 Dokumenty wskazane w pkt 3.3 SWZ - Wypełniony wzór formularza Oprogramowanie systemowe (wg Załącznika nr 13 do Umowy.)

4.2.1.9 Oświadczenie Wykonawcy (wg Załącznika nr 6 do SWZ).

Następnie Izba ustaliła, że sporna oferta obejmuje:

–Formularz ofertowy, w którym w części „Dane dostawcy" w wierszu „Nazwa" podano: ISKRAEMECO SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, a w części Dane użytkownika jako imię i nazwisko użytkownika poda B.H., login użytkownika BernardHajduk;

–oświadczenie (Załącznik nr 1 do SWZ), określające m.in. parametry oferty stanowiące kryteria oceny ofert, w którym to oświadczeniu jako dane wykonawcy podano: ISKRAEMECO, d.d. Savska Loka 4 4000 Kranj;

–formularz wyceny – plik Excel, niezawierający danych wykonawcy;

–Rekomendacja Wykonawcy Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO (Załącznik nr 3 do SWZ), w której jako dane wykonawcy wskazano: ISKRAEMECO, d.d. Savska Loka 4 4000 Kranj;

–pełnomocnictwo dla B.H., w którym jako dane wykonawcy wskazano: ISKRAEMECO, d.d. Savska Loka 4 4000 Kranj pełnomocnictwo dotyczy reprezentowania ISKRAEMECO d.d. w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym do złożenia wniosku oraz oferty w formie elektronicznej na platformie zakupowej Grupy Tauron;

–gwarancję wadialną, w której jako dane wykonawcy podano: ISKRAEMECO, d.d. Savska Loka 4 4000 Kranj;

–Wykaz Oprogramowania Systemowego instalowanego na infrastrukturze Zamawiającego („on-premise") – Załącznik nr 13 do SWZ, w którym jako dane wykonawcy wskazano: ISKRAEMECO, d.d. Savska Loka 4 4000 Kranj;

–oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 6 do SWZ), złożone w imieniu ISKRAEMECO, d.d. Savska Loka 4 4000 Kranj.

W informacji z otwarcia ofert jako wykonawca, który złożył ofertę wskazana została spółka ISKRAEMECO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ, PL5252861112, 00-008, Warszawa, Marszałkowska 126/134.

Pismem z 16 grudnia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez ISKRAEMECO, d.d.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Stosownie do art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

–pkt 9: została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert;

–pkt 14: wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w .

Izba stwierdziła, że Zamawiający – wybierając ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą – nie naruszył przytoczonych przepisów ustawy.

W ocenie Izby – w świetle zasad wykładni oświadczeń woli określonych w art. 65 § 1 Kc, które nakazują uwzględnianie okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone – nie ma wątpliwości, że wykonawcą, który złożył ofertę jest Iskraemeco d.d., mimo że w formularzu oferty i w konsekwencji w informacji z otwarcia ofert wskazana została spółka Iskraemeco Sp. z o.o.

Po pierwsze, etap składania ofert jest ostatnim etapem niniejszego postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego, a bezsporne jest, że wykonawcą, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który następnie uczestniczył w dialogu i został zaproszony do składania ofert jest Iskraemeco d.d.

Po drugie, całokształt dokumentów składających się na ofertę jednoznacznie wskazuje, że ofertę złożyła spółka Iskraemeco d.d. Podkreślenia wymaga, że spośród dokumentów składających się na ofertę zgodnie z pkt 4.2.1 SWZ tylko w formularzu oferty pojawiła się nazwa spółki polskiej. Z wszystkich pozostałych dokumentów, w tym pełnomocnictwa do złożenia oferty oraz oświadczeń dotyczących parametrów oferty i sytuacji podmiotowej wykonawcy, jednoznacznie wynika, że są składane one przez spółkę słoweńską.

Odwołujący nie zakwestionował skutecznie wyjaśnień Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którymi formularz oferty w odniesieniu do danych wykonawcy generowany jest automatycznie przez platformę zakupową, z wykorzystaniem danych konta użytkownika, a w związku z wykorzystaniem przez pełnomocnika Przystępującego konta zarejestrowanego dla spółki polskiej w wygenerowanym przez platformę zakupową formularzu ofertowym podano nazwę spółki polskiej, a nie dane Przystępującego, który przeszedł prekwalifikację, brał udział w negocjacjach i został zaproszony do składania ofert. Konsekwencją tego było wskazanie polskiej spółki w informacji z otwarcia ofert, która również została automatycznie wytworzona przez system. Zamawiający wskazał, że nie ma wpływu na treść automatycznie generowanego dokumentu, nie widział też potrzeby jego sprostowania, skoro zarówno dla niego – jak i dla uczestniczących w postępowaniu wykonawców – było oczywiste, że udział w nim bierze spółka słoweńska. Z kolei zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zostało już sporządzone bezpośrednio przez sekretarza komisji przetargowej i w tym dokumencie prawidłowo wskazano, że dokonano wyboru oferty spółki słoweńskiej. Odwołujący nie zakwestionował, że formularz ofertowy i informacja z otwarcia ofert są generowane przez platformę automatycznie.

Wszystkie powyższe okoliczności świadczą o tym, że ofertę złożyła spółka słoweńska, a stanowisko Odwołującego odwołuje się do wyłącznie jednego dokumentu – formularza ofertowego, pomijając zarówno wcześniejsze etapy postępowania, jak i jednoznaczną treść pozostałych dokumentów składających się na ofertę. Przyjęcie, że wbrew opisanym wyżej okolicznościom i dokumentom, rozstrzygające znaczenie ma generowany automatycznie formularz, stałoby w sprzeczności z zasadami wykładni oświadczeń woli i byłoby nieracjonalne, a tak daleko idący i niczym nieuzasadniony formalizm byłby nie do pogodzenia z zasadami udzielania zamówień publicznych.

Wobec powyższego brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania oferty oraz że Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który takiej oferty nie złożył. W konsekwencji ustalenia, że ofertę złożyła spółka słoweńska należy również stwierdzić, że oferta została prawidłowo zabezpieczona wadium – załączony do oferty dokument gwarancji wadialnej dotyczy złożonej w tym postępowaniu oferty Iskraemeco d.d.

Powyższej oceny nie zmienia argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w piśmie procesowym, a dotycząca niezgodności sposobu złożenia oferty z regulaminem platformy zakupowej. Odwołujący, powołując się na postanowienia tego regulaminu, w tym definicje oferenta, wykonawcy i użytkownika oraz spoczywający na wykonawcy obowiązek zarejestrowania na platformie zakupowej i posiadania tam konta, zakwestionował prawidłowość złożenia oferty przez pełnomocnika spółki słoweńskiej korzystającego z konta spółki polskiej. Odwołujący podniósł, że spóła słoweńska nie dopełniła formalności, które umożliwiłyby jej złożenie ważnej oferty w postępowaniu. W ocenie Izby powyższe stanowisko stanowi niedopuszczalne rozszerzenie czy też zmianę zarzutów podniesionych w odwołaniu. O ile w odwołaniu zarzuty zostały oparte na tezie, że ofertę złożyła spółka polska, która nie była złożona do składania ofert i nie wniosła wadium, o tyle na etapie postępowania odwoławczego stanowisko to sprowadza się do kwestionowania technicznego sposobu złożenia oferty przez spółkę słoweńską i jego niezgodności z regulaminem platformy zakupowej. Stanowiska przedstawionego w piśmie procesowym nie można – zdaniem Izby – uznać jedynie za argumentację będącą reakcją na stanowisko strony przeciwnej, ale za nowe zarzuty, oparte zarówno na innych okolicznościach faktycznych, jak i prawnych. Odwołujący bowiem jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia miał świadomość sposobu działania platformy oraz całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu oferty przez Przystępującego, miał zatem wystarczającą wiedzę do zakwestionowania sposobu skorzystania z platformy, co jednak zrobił dopiero w toku postępowania odwoławczego.

Zarzuty 3 i 5

W odniesieniu do zarzutów kwestionujących zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, na wstępie wskazać należy, że o tym, czy informacje przedstawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą pozostać niejawne, decyduje jakość merytoryczna przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia. Tego samego rodzaju informacje składane przez dwóch różnych wykonawców mogą zostać pod tym kątem ocenione odmiennie, jeśli jeden z wykonawców podoła ciężarowi wykazania przesłanek zastrzeżenia, a drugi tych przesłanek nie wykaże.

Zgodnie z art. 18 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. 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.), 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. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 pierwszej kolejności wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Praktyka orzecznicza Izby pokazuje, że częstym zjawiskiem jest – w odniesieniu do niektórych kategorii informacji, w tym przedstawianych w ramach wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny – próba uczynienia przez wykonawców z tego wyjątku reguły, co należy uznać za naganne, jako godzące w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Następnie podkreślić należy, że ustawodawca wyraźnie nałożył na wykonawcę ciężar wykazania przesłanek utajnienia przedstawianych informacji. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. W związku z tym badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Zauważenia wymaga, że wprowadzając obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy Pzp dokonana 29 sierpnia 2014 r.), w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.* Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania" oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Odwołujący zobowiązani byli wykazać – wraz z przekazaniem takich informacji – łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1)informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość

gospodarczą,

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

3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

W ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo ocenił uzasadnienie zastrzeżenia złożonych przez wykonawcę Sagemcom wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny i niezasadnie utrzymał tajemnicę przedsiębiorstwa w tym zakresie.

Przedstawione przez Sagemcom uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, oprócz przytoczenia przepisów prawa i cytatów z orzecznictwa, w odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji obejmuje następującą argumentację:

Wykonawca wskazuje, że przygotowana kalkulacja stanowiąca wyjaśnienie ceny ofertowej stanowi istotną informację o metodach budowania oferty oraz kosztach Wykonawcy. Możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny jest zasadniczą i kluczową wartością umożliwiającą pozyskiwanie zamówień, w szczególności zamówień publicznych, gdzie cena jest podstawowym kryterium. Analiza wykazu cen lub kosztów, a także przyjętej metodologii oraz prognozy efektywności pracy pozwoliłaby konkurencji na odkrycie przewagi Wykonawcy w konkurencyjnym otoczeniu rynkowym. Proces budowania konkurencyjnej ceny jest wynikiem wieloletniego doświadczenia Wykonawcy na rynku.

Jednocześnie wymaga wyraźnego podkreślenia, że zastrzeżone informacje wskazują na sposób realizacji nie tylko tego konkretnego zamówienia, ale mogą znaleźć zastosowanie wobec innych zamówień o zbliżonym przedmiocie. Wobec tego, ich odtajnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania przez Wykonawcę z innymi przedsiębiorcami nie tylko w ramach niniejszego zamówienia, ale również w ramach podobnych zamówień. W konsekwencji miałoby to wpływ na całość działalności Wykonawcy i tym samym mogłoby znacznie osłabić jego pozycję na rynku.

Zastrzeżona informacja zawiera istotne oraz kluczowe dane na temat struktury kosztowej występującej w całej grupie kapitałowej, do której Wykonawca należy, a w konsekwencji zawiera dane wrażliwe i cechujące się wysokim stopniem poufności. Z uwagi na powyższe, zastrzegana informacja ma dla Wykonawcy, a także obiektywnie, wartość gospodarczą. Jej ujawnienie pozwoliłoby podmiotom konkurencyjnym na przeprowadzenie analizy struktury kosztowej realizacji przedmiotowego zamówienia, a także zamówień podobnych, jaka przyjęta została w grupie kapitałowej Wykonawcy. Pozyskanie informacji zastrzeżonych pozwoliłoby także konkurencji na analizę efektywności prowadzenia tego typu projektów u Wykonawcy oraz porównanie jej z własną efektywnością, co z kolei mogłoby prowadzić do pogorszenia się konkurencyjnej pozycji Wykonawcy na rynku. (…)

W odniesieniu do działań zmierzających do zachowania poufności informacji wykonawca podał w uzasadnieniu zastrzeżenia ogólne informacje na temat technicznych środki ochrony dostępu, kontroli ruchu w sieci, bezpieczeństwa komputerów i aplikacji, nie przedstawiając żadnych dokumentów, które by to potwierdzały.

Izba stwierdziła, że wykonawca Sagemcom nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe i obejmuje nieskonkretyzowane i gołosłowne deklaracje. Część tego uzasadnienia stanowi przytoczenie przepisów prawa oraz cytaty z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uzasadnienie ma charakter na tyle ogólny, że mogłoby bez większych zmian zostać przedstawione innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Przedstawione uzasadnienie zawiera w zasadzie deklaracje wykonawcy o istnieniu wartość gospodarczej informacji, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została wykazana.

Podkreślenia wymaga, że o wartości gospodarczej nie świadczy sama w sobie okoliczność, że wyjaśnienia

zawierają informacje o kalkulacji ceny i metodach budowania oferty oraz kosztach wykonawcy. Podzielenie takiego stanowiska prowadziłoby do nieakceptowalnego wniosku, że założenia kalkulacyjne w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego z zasady posiadają wartość gospodarczą i podlegają ochronie. Stałoby to w oczywistej sprzeczności z zasadami jawności i przejrzystości postępowania, uniemożliwiając de facto konkurencyjnym wykonawcom weryfikację składanych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny i korzystanie przez nich w tym zakresie ze środków ochrony prawnej. Wykonawca Sagemcom nie wyjaśnił w najmniejszym stopniu, dlaczego obliczenia przedstawione przez niego w tym postępowaniu mają szczególny walor, uzasadniający utrzymanie ich niejawności. Argumentacja przedstawiona w tym zakresie stanowi jedynie zbiór ogólnikowych twierdzeń, a uznanie ich za wystarczające dla utrzymania niejawności informacji prowadziłoby do daleko idącego wypaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc jednocześnie zagrożenie dla innych zasad udzielania zamówień publicznych, których realizacji służy jawność postępowań.

Ponadto, w odniesieniu do działań zmierzających do zachowania poufności informacji wykonawca Sagemcom przedstawił jedynie ogólnikowe i niepoparte dowodami informacje, zatem również ta przesłanka zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie została wykazana.

Należy więc stwierdzić, że nie ujawniając wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Sagemcom Zamawiający naruszył przepisy art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp. Naruszenie to nie ma jednak i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, ponieważ wykonawca ten został sklasyfikowany na drugim miejscu, a zarzuty dotyczące Przystępującego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, okazały się niezasadne. W tej sytuacji nie zaistniały określone w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp podstawy do uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Sagemcom z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Zarzut ten został sformułowany jako ewentualny. Izba co prawda oddaliła odwołanie w całości, ale stwierdziła zasadność zarzutu głównego, a oddalenie odwołania spowodowane jest brakiem wpływu na wynik, co również miałoby miejsce w przypadku ewentualnej zasadności zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby odmiennie należy ocenić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego.

Izba ustaliła, że Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia podał m.in.:

1) zastrzeżone informacje są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa Wykonawcy lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą:

(…) Niewątpliwie więc informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny oraz dołączonych do nich dowodach, w tym dokumencie określającym politykę bezpieczeństwa informacji Spółki, stanowią know-how Wykonawcy, prezentują bowiem szczegółowe dane na temat funkcjonowania przedsiębiorstwa Wykonawcy, realizowanych przez niego kontraktów w przeszłości oraz obecnie, warunków współpracy z pracownikami, współpracownikami oraz innymi kontrahentami Wykonawcy, jak i wypracowanej metodologii kalkulacji cenowej.

Poniżej, Wykonawca wskazuje szczegółowe powody, dla których w jego ocenie złożone wyjaśnienia oraz dowody zasługują na ochronę – zawierają one bowiem informacje na temat:

- *oferowanego przez Wykonawcę rozwiązania oraz metodologii jego wyceny – w zastrzeżonych wyjaśnieniach Wykonawca prezentuje szczegółowe i ściśle chronione dane na temat oferowanego przez siebie rozwiązania, jak również opracowanej metodologii kalkulacji jego wyceny. Dane te mają charakter technologiczny oraz finansowy, nie są ujawniane poza Spółką, a co więcej, są znane wyłącznie wąskiemu kręgowi pracowników Iskraemeco. Informacje te mają istotą wartość gospodarczą, ich ujawnienie bowiem mogłoby spowodować istotną szkodę po stronie Wykonawcy. Konkurenci Wykonawcy pozyskaliby szczegółową wiedzę na temat stosowanej przez Wykonawcę technologii oraz metodologii wyceny, co umożliwiłoby im przewidywanie oferowanych przez Wykonawcę warunków realizacji podobnych usług oraz próbę przejęcia ich pozycji na rynku (zwłaszcza, że wyjaśnienia zawierają również informacje na temat kontrahentów Wykonawcy),*

- *jego kontrahentów, warunków współpracy z kontrahentami i zdobytego przez Wykonawcę doświadczenia – zaznaczenia wymaga, że do kontrahentów Wykonawcy nie mają zastosowania przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej, a ponadto zarówno Wykonawca, jak i jego kontrahenci zobowiązali się do zachowania ich w poufności.*

Zastrzeżone informacje dotyczą w szczególności warunków finansowych oraz zakresu realizowanych przez Wykonawcę świadczeń w obszarze zbliżonym do przedmiotu zamówienia. Ponadto, informacje dotyczą również świadczeń pozyskiwanych przez Wykonawcę na potrzeby niniejszego zamówienia od swoich dostawców. Są to dane poufne, stanowiące wynik przeprowadzonych przez Wykonawcę negocjacji z kontrahentami. Podkreślić należy, że zarówno negocjacje, jak i ich wynik, w postaci warunków współpracy są objęte zobowiązaniem do zachowania poufności przez obie strony. Ich ujawnienie naraziłoby więc Wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą o znacznej wartości względem kontrahentów, a przede wszystkim mogłoby zagrozić pozycji negocjacyjnej Wykonawcy dla przyszłych umów – konkurenci pozyskaliby bowiem wiedzę na temat dostawców Wykonawcy oraz ich rozwiązań, jak również klientów Wykonawcy oraz zakresu realizowanych na ich rzecz świadczeń, co umożliwiłoby im próbę ewentualnego wejścia na rynek, na którym Wykonawca funkcjonuje. Wiedza na temat dostawców Wykonawcy oraz ich rozwiązań pozwoliłaby natomiast na ustalenie stosowanej przez Wykonawcę technologii. Ryzyka te należy ocenić jako znaczne, biorąc pod uwagę, że Wykonawca w branży systemów służących do odczytu liczników energii elektrycznej od lat konkuruje z tymi samymi podmiotami.

− zasad organizacji i zarządzania przedsiębiorstwem oraz realizowanymi projektami – zastrzeżone informacje dotyczą m.in. wewnętrznych metod kalkulacji ofert dla klientów oraz kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa, założonej na potrzeby niniejszego zamówienia organizacji pracy, ilości specjalistów/konsultantów, ich roli pełnionej w projekcie oraz zakładanej pracochłonności. Ponadto, w ramach wyjaśnień i składanych dowodów Wykonawca udostępnił Zamawiającemu dokumenty o charakterze wewnętrznym dotyczące zarządzania zasobami ludzkimi.

Wszystkie ww. informacje posiadają wartość gospodarczą. Dane dotyczące metod kalkulacji ofert i kosztów, organizacji pracy oraz zarządzania zasobami ludzkimi stanowią know-how Wykonawcy, wypracowany na przestrzeni lat, w oparciu o doświadczenie zdobyte w ramach realizacji różnego rodzaju projektów i kontraktów.

Jeżeli zaś chodzi o ustaloną pracochłonność, obejmującą m.in. ilość roboczogodzin oraz ilość i role pracowników, to w tym zakresie Wykonawca wskazuje, iż opracował ją w sposób indywidualny dla tego konkretnego zamówienia, uwzględniając specyficzne okoliczności, typowe tylko dla Wykonawcy (m.in. stosowaną przez siebie technologię).

Ujawnienie tych informacji przyniosłoby Wykonawcy daleko idące szkody gospodarcze oraz finansowe. Konkurenci Wykonawcy, którzy sami nie wypracowali równie zaawansowanych metod oraz zasad organizacji pracy, mogliby wzorować się na procedurach wdrożonych prze z Wykonawcę, bez ponoszenia takich nakładów, które poniósł Wykonawca w celu wypracowania własnych, optymalnych rozwiązań (w tym nakładów finansowych, związanych z pozyskaniem specjalistów odpowiedzialnych za wdrożenie zasad organizacji i zarządzania przedsiębiorstwem oraz niematerialnych, wynikających z doświadczenia i know-how zdobytego przez Wykonawcę). W konsekwencji, konkurenci kopiując rozwiązania Wykonawcy mogliby uzyskać przewagę konkurencyjną, unikając konieczności poniesienie ww. nakładów.

Ponadto, wiedza na temat sposobu kalkulacji kosztów wykonania tego typu świadczeń pozbawiłaby Wykonawcę przewagi konkurencyjnej i pozwoliłaby konkurentom na przewidywanie – w przypadku przyszłych podobnych umów lub zamówień – sposobu wyliczenia ceny oferty przez Wykonawcę

− zasad współpracy z pracownikami lub współpracownikami – wskazane informacje dotyczą m.in. wysokości stosowanych wynagrodzeń oraz warunków zatrudnienia. Ujawnienie tych danych niewątpliwie spowodowałoby istotne zagrożenie w postaci możliwości utraty pracowników i współpracowników przez Wykonawcę. Podmioty konkurencyjne, które pozyskałyby wiedzę na temat warunków współpracy Wykonawcy z pracownikami i współpracownikami, mogłyby bowiem oferować im bardziej korzystne warunki współpracy. To zaś skutkowałoby odpływem pracowników i współpracowników, co niewątpliwie wiązałoby się również utratą pozycji rynkowej Wykonawcy. Iskraemeco świadczy usługi w sektorze informatycznym, w którym o pozycji na rynku danego podmiotu decyduje posiadany przez niego potencjał kadrowy – czyli zespół wykwalifikowanych i doświadczonych pracowników i współpracowników.

Rynek usług informatycznych charakteryzuje się szybkim tempem rozwoju, podlega nieustannym zmianom oraz pogłębiającej się specjalizacji, a podstawą funkcjonowania tej branży są usługi intelektualne świadczone przez wykwalifikowanych specjalistów. W związku z tym, o pozycji danego podmiotu na rynku decyduje dysponowana przez niego kadra pracowników lub współpracowników. W konsekwencji, specjaliści z określonym wykształceniem,

kwalifikacjami oraz doświadczeniem są poszukiwani na rynku, co wiąże się m.in. ze zjawiskiem ich przejmowania przez konkurencyjne firmy do swoich zespołów.

Od wielu lat rynek IT jest zdecydowanie rynkiem pracownika– specjaliści w tej branży mogą liczyć na wyższe zarobki oraz lepsze warunki pracy oraz większą liczbę ofert od pracodawców, w tym również za granicą. Stąd też w branży IT występuje dosyć częste zjawisko „podkupywania" pracowników w branży IT, które nie występuje tak często w innych branżach. W związku z tym, ujawnienie szczegółowych danych dotyczących warunków zatrudniania lub współpracy oraz rynku pozyskiwania pracowników, spowodowałoby znaczne osłabienie pozycji Wykonawcy.

Zaznaczyć przy tym należy, że sama utrata doświadczonego i wykwalifikowanego pracownika przekłada się na spadek, a czasem wręcz zatrzymanie produktywności przez okres rekrutowania nowej osoby oraz jej wdrożenia (co może mieć przełożenie na osiągane przez Wykonawcę zyski) oraz wiąże się ze zwiększonymi kosztami utrzymania zespołu oraz zatrudnienia nowego specjalisty (na czas nieobecności pracownika, inne osoby muszą przejąć jej obowiązki, co wiąże się z pokryciem kosztów ich pracy, tak samo konieczne jest poniesienie kosztów przeszkolenia nowego specjalisty, konieczne jest również poniesienie kosztów rekrutacji). Standardowo, wdrożenie nowego pracownika trwa około 3 miesięcy i jest to okres dla pracodawcy niezwykle kosztowny. Z kolei koszt utraty pracownika, w zależności od branży, szacuje się średnio od 1/3 jego rocznego wynagrodzenia do połowy lub dwukrotności rocznego wynagrodzenia pierwotnego pracownika. To zaś dla firmy oznacza, że trudności z zatrzymaniem pracowników bezpośrednio wpływa na jej wyniki, produktywność i wypłacalność.

Nie ulega zatem wątpliwości, że zastrzegane informacje dotyczące zasad współpracy z pracownikami i współpracownikami, posiadają wartość gospodarczą, którą można wycenić. Co więcej, z powyższego wynika, że ujawnienie zastrzeżonych danych może spowodować powstanie wymiernej szkody po stronie Wykonawcy.

− wdrożonych zasad bezpieczeństwa informacji – podobnie jak w przypadku wyżej opisanych informacji dotyczących zasad organizacji i zarządzania przedsiębiorstwem, zastrzeżone informacje, zawarte w dokumencie „Zasady ochrony tajemnicy handlowej" posiadają wartość gospodarczą. Wypracowana przez Wykonawcę polityka bezpieczeństwa informacji stanowi jego know-how Wykonawcy, zdobywany na przestrzeni lat, w dużej mierze dzięki pracy specjalistów wykształconych i posiadających doświadczenie w tej dziedzinie. Uzyskanie przez konkurentów dostępu do informacji na temat zaawansowanych procedur bezpieczeństwa obowiązujących u Wykonawcy umożliwiłoby im przede wszystkim, podjęcie prób ich obejścia, co stanowiłoby istotne zagrożenie dla interesów Iskraemeco (mogłoby bowiem doprowadzić do wycieku informacji kluczowych dla funkcjonowania spółki). Po drugie, konkurenci mogliby także w tym zakresie wzorować się na procedurach wdrożonych przez Wykonawcę, co prowadziłoby do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej. Konkurenci Wykonawcy nie musieliby bowiem ponosić takich nakładów, które poniósł Wykonawca w celu wypracowania własnych, optymalnych rozwiązań w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego, całokształt wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami prezentują przyjętą przez Wykonawcę metodę kalkulacji cenowej, opartą między innymi również o założenia wynikające z doświadczenia Wykonawcy w dotychczas realizowanych projektach (m.in. w zakresie pracochłonności określonych zadań). Podkreślić przy tym należy wybitnie skomplikowany i specjalistyczny charakter niniejszego zamówienia, jak również jego istotną wartość i znaczenie. Realizacja tego typu usług, jak również kalkulacja kosztów ich wykonania, wymaga posiadania przez Wykonawcę oraz jego zespół odpowiednio specjalistycznej wiedzy i doświadczenia. Powyższe wyklucza więc możliwość potraktowania tych informacji jako schematyczne, możliwe do odtworzenia przez inne podmioty bez poczynienia większych nakładów.

Jednocześnie, informacje podane w zastrzeżonych dokumentach, mogą pozwolić podmiotowi postronnemu na ustalenie metod szacowania ceny Wykonawcy, co może znaleźć przełożenie dla przyszłych kontraktów. Zwłaszcza, że Wykonawca w zastrzeżonych dokumentach podaje informacje na temat swoich kontrahentów i realizowanych dla nich świadczeń. Wykonawca od wielu lat aktywnie działa na rynku dostaw, wsparcia i serwisu systemu odczytu liczników energii elektrycznej, konkurując z kilkoma powtarzającymi się podmiotami. Ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach, może pomóc innym podmiotom przewidzieć, jakie warunki Wykonawca zaproponuje kolejnym klientom, co oczywiście będzie wiązać się ze zmniejszeniem jego konkurencyjności. Biorąc pod uwagę, że kontrakty na tego typu świadczenia stanowią znaczące źródło przychodu Wykonawcy, jest to zagrożenie istotne, mierzalne i mające wpływ na jego sytuację finansową, a w konsekwencji, świadczy również o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Z racji swojej przydatności dla przedsiębiorstwa, informacje te posiadają również wartość gospodarczą i ma ona wymiar obiektywny, sięgający poza niniejsze postępowanie. Wykonawca chciałby zwrócić również uwagę, że wartość gospodarcza zastrzeganych informacji może być wykazana zarówno w sposób pozytywny – poprzez wycenę danego dobra, ale wartość gospodarczą może stanowić również potencjalna szkoda, jaką może ponieść Wykonawca w wyniku ujawnienia informacji.

Jeżeli chodzi konkretną kwotę wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji to należy w pierwszej kolejności wskazać, że w praktyce jej określenie napotyka wiele trudności. Informacje o prowadzonej przez dane przedsiębiorstwo działalności stanowi dobro niematerialne, które ze swojej natury jest trudne do skwantyfikowania i „przeliczenia" na konkretną kwotę pieniężną.

Dokonanie szczegółowej wyceny tych dóbr, wiązałoby się z koniecznością dokonania znacznych nakładów, w szczególności zatrudnienia doświadczonych analityków lub wyspecjalizowanej firmy doradczej, zajmującej się wycenami przedsiębiorstw, którym musiałby zostać przekazane poufne informacje na temat funkcjonowania spółki.

Ponieważ Iskraemeco zawodowo nie zajmuje się wyliczaniem wartości dóbr niematerialnych, stąd, spółka wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji upatruje w opisanej powyżej potencjalnej szkodzie związanej z ich ujawnieniem, co, podsumowując, da im możliwość wykorzystania ich w walce konkurencyjnej m.in. poprzez:

a) *zaoszczędzenie wydatków związanych z wdrożeniem metod kalkulacji cen i kosztów, zasad pozyskiwania i zatrudniania pracowników i współpracowników, zarządzania zasobami ludzkimi, stosowania polityki bezpieczeństwa,*

b) *wyeliminowanie Wykonawcy z rynku poprzez możliwe zniwelowanie jego dotychczasowej przewagi konkurencyjnej co w konsekwencji może spowodować u niego powstanie istotnych strat ekonomicznych. (…)*

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

Wykonawca wskazuje również, że zastrzeżone wyjaśnienia, dołączone do nich dowody oraz dokument regulujący politykę bezpieczeństwa informacji, w takiej formie i o takiej treści nie były, jak dotąd, nigdzie przekazywane, ani tym bardziej upubliczniane.

Wyjaśnienia prezentują kalkulację cenową, która została opracowana w sposób indywidualny na potrzeby tego postępowania, z uwzględnieniem specyficznych warunków i zakresu przedmiotowego zamówienia oraz brzmienia wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny z założenia nie są dokumentem ogólnym i schematycznym, możliwym do zastosowania w każdym postępowaniu. W związku z tym, sporządzając niniejsze wyjaśnienia, Wykonawca dokonał odpowiedniego doboru informacji ujętych w ich treści, przy czym wykorzystane w nich dane, zarówno jako całość, jak i w szczególnym zestawieniu i zbiorze informacji, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem danych, a także nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Przypomnienia ponownie wymaga, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z bardzo złożonym zamówieniem, którego wartość może być prawidłowo skalkulowana wyłącznie przez specjalistów posiadających ogromną wiedzę i doświadczenie z pogranicza finansów oraz IT. Kalkulując cenę, Wykonawca (w przeważającej mierze) samodzielnie określał m.in. ilość nakładu pracy niezbędnego do poniesienia dla osiągnięcia celów określonych przez Zamawiającego. W dodatku pracochłonność Wykonawca określał mając na uwadze specyficzne warunki, typowe wyłącznie dla niego. Stąd też zastrzeżone dokumenty mają charakter indywidualny i niemożliwy do odtworzenia przez osoby z zewnątrz (o ile nie uzyskają one do tych dokumentów dostępu). Są to dane unikalne i brak jest możliwości by były znane osobom zwykle zajmującym się takim rodzajem informacji lub były dla takich osób łatwo dostępne.

Jednocześnie, Wykonawca zaznacza, że nad treścią tego dokumentu pracował wąski, wyznaczony do tego krąg pracowników specjalizujących się w ofertowaniu oraz wycenianiu wartości usług. Krąg tych osób jest ograniczony i znany Spółce. Informacje pomiędzy członkami zespołu ofertowego przekazywane były przy użyciu technologii zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w ramach chronionej sieci. Obowiązujący w firmie system obiegu i zarzadzania dokumentami uniemożliwia dostęp do objętych ochroną dokumentów i danych wykorzystywanych do sporządzenia oferty, dla pracowników i osób niededykowanych do bezpośredniej pracy z tymi dokumentami.

W związku z powyższym, osoby nieupoważnione, nie tylko z zewnątrz, ale również wewnątrz samego przedsiębiorstwa Wykonawcy, nie mają do tych informacji żadnego dostępu. Wykonawca wskazuje, że osoby zaangażowane w opracowanie kalkulacji cenowej oraz wyjaśnień i osoby mające dostęp do elementów oferty są zobowiązane do zachowania poufności, a każde ujawnienie tych informacji jest traktowane jako działanie na szkodę spółki.

W konsekwencji, nie jest możliwe uzyskanie przez podmioty prowadzące działalność konkurencyjną wiedzy w tym zakresie zwykłą i prawnie dozwoloną drogą. Wykonawca nie zamieszcza danych w zastrzeżonym zakresie na stronie internetowej ani w materiałach spółki ani w prasie. Nie są Wykonawcy znane legalne i dozwolone kanały informacji, poprzez które wiedzę taką posiąść mogłyby firmy konkurencyjne.

Odnosząc się do poszczególnych kategorii informacji, Wykonawca podkreśla, że:

– informacje na temat stosowanych przez Wykonawcę rozwiązań oraz metodologii jego wyceny stanowią know-how Spółki i nie są dostępne osobom nieupoważnionym nie tylko poza Spółką, ale również w jej ramach. Dostęp do tych informacji posiadają jedynie upoważnieni i wyspecjalizowani pracownicy Spółki. Wykonawca nie upublicznia tych informacji oraz konsekwentnie zastrzega ich poufność (o ile jest konieczność ich przekazania). Ze względu na ich indywidualny oraz specjalistyczny charakter, dane te nie mogą być w żaden sposób „odtworzone" przez osoby postronne, bez zapewnienia im dostępu do wewnętrznych dokumentów Spółki,

– warunki współpracy z innymi kontrahentami (w tym informacje na temat aktualnie realizowanych lub zrealizowanych projektów), stanowią efekt poufnych negocjacji i rozmów, są znane wyłącznie stronom tych porozumień (tj. wyznaczonym i odpowiednio umocowanym pracownikom Wykonawcy i kontrahentów). Wykonawca, jak również jego partnerzy handlowi, nie upubliczniają, ani nie przekazują zindywidualizowanych zasad współpracy ustalonych w toku tego typu poufnych negocjacji, w związku z tym, osoby niepowołane, nie mają do nich dostępu.

– informacje dotyczące zasad zarządzania przedsiębiorstwem Wykonawcy, czy zarządzania podobnymi projektami, stanowiące know-how Spółki, nie są dostępne dla osób postronnych, niezaangażowanych w proces tworzenia zasad organizacji i zarządzania. Informacje te są ujęte wyłącznie w dokumentach wewnętrznych Spółki, do których dostęp jest ograniczony również w ramach przedsiębiorstwa. Ze względu na ich indywidualny i wyspecjalizowany charakter, podmioty konkurujące z Wykonawcą, pomimo, że działają w tej samej branży, nie mogą wejść w posiadanie wiadomości organizacyjnych czy zarządczych Wykonawcy.

– warunki współpracy z pracownikami i współpracownikami są objęte stosownymi klauzulami poufności. Dane dotyczące warunków zatrudnienia są znane wyłącznie pracownikom lub współpracownikom będącym stroną danej umowy oraz wąskiemu kręgowi osób upoważnionych przez Wykonawcę (wyznaczonym pracownikom). Wykonawca przestrzega zasad zachowania w poufności zasad współpracy i nie ujawnia takich danych podmiotom nieupoważnionym, w tym również pracownikom nie mających prawa do dostępu do tych informacji.

– dokument „Zasady ochrony tajemnicy handlowej" ma charakter wewnętrzny i służy do wyłącznego użytku Spółki, do którego zapewniony mają dostęp jej pracownicy oraz ewentualne firmy audytowe (wyłącznie na potrzeby przeprowadzenia kontroli funkcjonowania przedsiębiorstwa). Został on opracowany przez specjalistów w sposób indywidualny, uwzględniający potrzeby Spółki oraz zasady jej funkcjonowania. Treść „Zasad" nie może być więc odtworzona przez osoby postronne, bez uzyskania dostępu do tego dokumentu. Z racji posiadanej wartości gospodarczej, nie jest on udostępniany poza krąg upoważnionych podmiotów, którzy zobowiązani są do zachowania go w poufności i niewykorzystywania do celów innych niż zapoznanie się z polityką bezpieczeństwa informacji obowiązującej w Iskraemeco.

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności:

Wykonawca wskazuje, że podjął działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji, w szczególności takie jak:

– wprowadził w swojej organizacji obowiązek zachowania poufności informacji stanowiących wartość dla przedsiębiorstwa,

– ograniczył krąg pracowników swojej organizacji, którzy mają dostęp do tych informacji.

– wprowadził ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m.in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp.

Uszczegółowiając, przede wszystkim, Iskraemeco podjęło szereg kroków w celu zapewnienia poufności informacji, niezależnie od rodzaju tych informacji. Informacje od klientów, informacje wewnętrzne, własność intelektualna, know-how, dane osobowe lub wszelkie inne informacje podlegają kontrolom bezpieczeństwa określonym w normie ISO 27001 lub odpowiednich regulacjach / przepisach.

W przedsiębiorstwie Wykonawcy została wdrożona i jest stosowana polityka ochrony informacji, w ramach której dokonuje się klasyfikacji informacji wewnątrz swojej organizacji, ograniczając dostęp do części informacji określonej grupie swoich pracowników.

Iskraemeco posiada certyfikat ISO 27001 od 2016 r. i ukończył 3-letni cykl certyfikacji i otrzymał odnowiony certyfikat, ważny do 2025 r. Procesami ISO 27001 zarządza wyznaczony Pełnomocnik ds. Bezpieczeństwa Informacji. Pełnomocnik ds. Bezpieczeństwa Informacji jest powoływany przez Zarząd i jest odpowiedzialny za zarządzanie Systemem

Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji (ISMS).

Zgodnie z normą ISO 27001 i najlepszymi praktykami bezpieczeństwa firma Iskraemeco podjęła następujące kroki, aby zapewnić wysoki poziom poufności informacji:

1. *Wprowadzenie dokumentu organizacyjnego pod nazwą »Zasady ochrony tajemnicy handlowej«. Dokument organizacyjny dotyczy wszystkich pracowników Iskraemeco i zawiera:*

a. *Definicje tajemnic handlowych, tajemnic biznesowych i informacji poufnych.*

b. *Definicje etykiet klasyfikacyjnych dla informacji, składających się z kilku etykiet klasyfikacyjnych, od publicznych (C0), wewnętrznych (C1), poufnych (C2) do ściśle tajnych (C3).*

c. *Określenie zasad dostępu i postępowania z tajemnicami handlowymi.*

d. *Określenie kar za naruszenie poufności.*

2. *Wprowadzenie kilku innych dokumentów organizacyjnych, takich jak Kodeks etyki biznesowej, Polityki bezpieczeństwa informacji oraz Zasady zarządzania danymi osobowymi, które regulują dodatkowe zasady postępowania z danymi poufnymi w Iskraemeco.*

3. *Każdy pracownik, pracujący w Iskraemeco, poddawany jest weryfikacji wcześniejszego zatrudnienia oraz musi podpisać warunki zatrudnienia (umowa o pracę) oraz umowę o zachowaniu poufności (NDA).*

4. *Każdy pracownik Iskraemeco jest poddawany regularnym szkoleniom uświadamiającym w zakresie bezpieczeństwa informacji, ze szczególnym uwzględnieniem perspektywy poufności informacji. Przygotowaliśmy kilka materiałów uświadamiających bezpieczeństwo, regularni e udostępnianych pracownikom (obowiązkowe onboardingi, obowiązkowe szkolenia e-learning, broszury dotyczące bezpieczeństwa, aktualności dotyczące bezpieczeństwa itp.)*

5. *Poza formalno-prawnymi aspektami ochrony poufności informacji, Iskraemeco zastosowało szereg kontroli technicznych, zapewniających wysoki poziom poufności wszystkich aktywów, w których informacje poufne są wyświetlane, przechowywane (szyfrowanie w spoczynku) na przesyłanych (szyfrowanie w tranzycie). Iskraemeco w 2022 r. wdrożyło narzędzie do klasyfikacji i zapobieganie utracie danych (DLP), podnosząc ochronę poufności informacji na wyższy poziom.*

Wykonawca na potwierdzenie stosowania polityki bezpieczeństwa informacji przedkłada dowody:

Dowody:

− Certyfikat ISO 27001,

− „Rules on protecting trade secrets" - „Zasady ochrony tajemnicy handlowej" – zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa

− Wyciąg z umowy o pracę zawierający klauzulę o poufności wraz z tłumaczeniem

− Wyciąg z umowy MTG zawierającej klauzulę o poufności wraz z tłumaczeniem

Wykonawca dołączył wyciąg z umowy o pracę, zawierający klauzulę o poufności, przy czym podkreśla, że tego typu klauzulę zamieszcza w umowach zawieranych ze wszystkimi pracownikami (m.in. takie klauzule zawierają również umowy dołączone do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny).

W odniesieniu do dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, dowodów oraz dokumentu opisującego politykę bezpieczeństwa informacji) wskazać należy, iż są one przechowywane w siedzibie Wykonawcy z zachowaniem opisanych powyżej szczególnych procedur bezpieczeństwa. Dostęp do materiałów mają tylko upoważnieni pracownicy

Wykonawcy, biorący udział w opracowywaniu oferty do niniejszego postepowania. Archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w sposób zapewniający ograniczony dostęp tylko i wyłącznie upoważnionym pracownikom.

Podkreślić należy, że Iskraemeco podlega ciągłym audytom przeprowadzanym przez zewnętrznych audytorów certyfikujących, audytorów finansowych i audytów klientów, w ramach których regularnie sprawdzane są aspekty ochrony poufności informacji. Audyty potwierdzają wysoki poziom dojrzałości bezpieczeństwa informacji w organizacji i zapewniają, że każda informacja jest obsługiwana zgodnie ze standardami i najlepszymi praktykami.

Ostatecznie, Wykonawca w celu ochrony poufności utajnionych danych podejmuje takie działania jak: konsekwentne zastrzeganie w uzasadnionych przypadkach jako tajemnica przedsiębiorstwa części ofert i wniosków składanych w

postępowaniach o udzielenie zamówienie publicznego, nierozpowszechnianie informacji na swoich stronach internetowych oraz w publikacjach i komunikatach kierowanych do mediów, zamieszczanie w ofertach i umowach handlowych klauzul o obowiązku zachowania poufności informacji przekazywanych w związku ze realizowanymi umowami. (…)

W ocenie Izby przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za szczegółowe i rzetelne, a przede wszystkim – w aspektach będących podstawą zarzutów odwołania, Izba uznała to uzasadnienie za wystarczające do utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po pierwsze Odwołujący zakwestionował dokonane przez zastrzeżenie Przystępującego z powodu tego, że – jego zdaniem – wyjaśnienia nie zawierają know-how wykonawcy, w tym metodologii kalkulacji wyceny. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny zawierają szczegółowe dane kalkulacyjne i obrazują założenia przyjęte do tej kalkulacji, a więc prezentują skonkretyzowane informacje na temat zastosowanej metodologii kalkulacji ceny. Jednocześnie Przystępujący przedstawił w uzasadnieniu zastrzeżenia znaczenie tych informacji przy uwzględnieniu specyfiki niniejszego postępowania i wyjaśnił, z czego ich wynika szczególne znaczenie.

Dalej Odwołujący podniósł, że niejasne jest uzasadnienie zastrzeżenia w odniesieniu do danych kontrahentów. Zdaniem Odwołującego nie jest wiadome, w jakim celu Przystępujący miałby w wyjaśnieniach ceny zawierać konkretne i szczegółowe informacje o wcześniej zrealizowanych projektach, na etapie składania wniosków Przystępujący złożył jawny wykaz usług, a ponadto do wykonanych wcześniej projektów mają zastosowanie przepisy o dostępie do informacji publicznej. Izba ustaliła jednak, że Przystępujący w wyjaśnieniach zawarł informacje na temat swoich kontrahentów – dostawców rozwiązań pomocniczych oraz odbiorców usług, którzy nie byli wskazani w wykazie usług, a w uzasadnieniu zastrzeżenia dostatecznie wyjaśnił wartość tych informacji. Jednocześnie Odwołujący bezpodstawnie założył, że informacje te dotyczą kontrahentów z sektora publicznego.

Kolejną podstawą zarzutu jest to, że zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają informacji o organizacji i zarządzaniu przedsiębiorstwem oraz realizowanymi projektami. W tym zakresie Izba ustaliła, że Przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach szczegółowe informacje na temat założeń przyjętych dla przedmiotowego zamówienia i jego poszczególnych etapów, w tym dotyczące zaangażowania personelu, które to informacje niewątpliwie dotyczą organizacji i zarządzania przedsiębiorstwem. Ponadto, jak słusznie zaznaczył Przystępujący, informacje o takim charakterze zawiera również dokument pn. „Zasady ochrony tajemnicy handlowej".

Następnie Odwołujący zakwestionował złożenie umów o pracę, z których wynikałyby zasady współpracy z pracownikami lub współpracownikami, w tym wysokość wynagrodzenia oraz podniósł, że zasady współpracy nie są informacjami podlegającymi ochronie. Izba ustaliła, że zgodne ze stanem faktycznym jest stanowisko Przystępującego, który wskazał w piśmie procesowym, że wyjaśnienia zawierają szczegółowe informacje na temat zaangażowanego do kontraktu zespołu, z podziałem na pełnione role i ze wskazaniem stosowanego w przedsiębiorstwa wynagrodzenia, na potwierdzenie przedstawione zostały wyciągi z umów o pracę. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę charakter i złożoność przedmiotowego zamówienia, zasadność ochrony takich informacji została wykazana.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie wyraził konkretnej wartości pieniężnej informacji (zysku lub poziomu oszczędności). W ocenie Izby Przystępujący wyjaśnił w sposób przekonujący powody nieokreślenia wartości gospodarczej konkretną kwotą pieniężną, zaznaczając m.in. że z uwagi na niematerialny charakter chronionych dóbr dokonanie konkretnej wyceny jest znacznie utrudnione i wiązałoby się z koniecznością poniesienia dużych nakładów (zatrudnienia doświadczonych analityków lub wyspecjalizowanej firmy doradczej, zajmującej się wycenami przedsiębiorstw). Przystępujący wskazał opisowo, jakie szkody może ponieść w związku z ujawnieniem tych informacji. W ocenie Izby, wobec podanych przez Przystępującego informacji, brak wskazania konkretnej wartości pieniężnej nie może być uznany za powód nieskuteczności zastrzeżenia.

Podsumowując, przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia jest dokładne oraz skonkretyzowane i nie jest obarczone takiego rodzaju brakami, które mogłyby to uzasadnienie dyskwalifikować. Ponadto, nie można pominąć specyfiki postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia udzielanego w trybie dialogu konkurencyjnego, który jest stosowany w przypadku zamówień o szczególnych charakterze czy stopniu złożoności lub zamówień na nieistniejące jeszcze, innowacyjne rozwiązania, a prowadzony z wykonawcami dialog ma charakter poufny, co również uwiarygadnia argumentację przedstawioną w uzasadnieniu zastrzeżenia.

<u>Zarzuty 6 i 7</u>

Izba ustaliła, że Zamawiający w dokumentach zamówienia zamieścił następujące postanowienia dotyczące rekomendacji dla infrastruktury sprzętowej:

pkt 4.6.2 SWZ:

Ocenie zgodności oferty z treścią SWZ podlega Formularz Oferty oraz wszystkie załączone do niego dokumenty z wyjątkiem Rekomendacji Wykonawcy Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO sporządzonego wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający oczekuje szczegółowego wypełnienia tego dokumentu z należytą starannością. Dokument ma na celu zabezpieczenie infrastruktury po stronie Zamawiającego na potrzeby realizacji Przedmiotu Umowy.

Załącznik nr 3 do SWZ:

Do wypełnienia przez Wykonawcę osobny plik Excel pod nazwą – „Rekomendacja Wykonawcy Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO". Przykładowy sposób uzupełniania załącznika został wskazany w osobnym pliku Excel pod nazwą: „Przykład uzupełnienia załącznika dot. Rekomendacji Wykonawcy Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO".

Złożona Rekomendacja Wykonawcy powinna obejmować projekt Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO uwzględniająca Przedmiot Zamówienia opisany w SWZ. Załącznik jest Rekomendacją Wykonawcy Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO Na podstawie tego załącznika Zamawiający spełni obowiązek wynikający z umowy § 8 ust. 1 pkt 1). Załącznik winien być przygotowany z należytą starannością, wiedzą ekspercką, doświadczeniem Wykonawcy. Załącznik składa się z Wykazów serwerów wraz z oprogramowaniem dla środowiska produkcyjnego dedykowanego do obsługi 3 mln LZO oraz 6 mln LZO oraz konfiguracji środowisk nieprodukcyjnych.

§ 5 ust. 1 pkt 6 projektu umowy:

Wykonawca zobowiązuje się aktualizować złożoną wraz z ofertą rekomendację dla infrastruktury sprzętowej w Dokumentacji projektowej na potrzeby realizacji Umowy w całym okresie jej obowiązywania. Aktualizacja powinna uwzględniać standardy obowiązujące u Zamawiającego wg Załącznika nr 3 do Umowy. Aktualizacja ma na celu zagwarantowanie pracy Systemu na zadanych parametrach wydajnościowych po wyczerpaniu wszystkich możliwych prac optymalizacyjnych w Systemie. Aktualizacja infrastruktury sprzętowej wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego.

Załącznik nr 1 do SWZ (Oświadczenie) pkt 8:

Oświadczamy, że Zamówienie wykonamy zgodnie z Rekomendacją Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO (wg wzoru Zamawiającego Załącznik nr 3 do SWZ – osobny plik Excel).

Izba ustaliła również, że pismem z 27 listopada 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do wyjaśnień w następującym zakresie:

W przekazanym przez Państwa dokumencie tj. Załączniku nr 3 do SWZ w kolumnie "System operacyjny, wersja" w rekomendacji dla 6 mln LZO w pozycji nr 8,9,10 w kolumnie przeznaczonej na wskazanie systemu operacyjnego wpisujecie Państwo nazwę bazy danych Oracle DB. Prosimy o wyjaśnienie przyczyn wskazania tego parametru oferty w świetle wymagań SWZ.

Zgodnie z pkt 7 Załącznika nr 1 do Umowy, Zamawiający wymaga dostarczenia co najmniej trzech rozłącznych środowisk nieprodukcyjnych. Z Państwa Załącznika nr 3 do SWZ w zakresie środowisk nieprodukcyjnych część elementów danego środowiska: bazy dany danych (MS SQL, PostgreSQL, TimescaleDB, message broker/platforma do strumieniowego przetwarzania danych (Apache Kafka/RabbitMQ) są współdzielone pomiędzy środowiskami. Prosimy o wyjaśnienie przyczyn wskazania tego parametru oferty w świetle wymagań SWZ.

*W kolumnie „Storage [GB] *,**" w niektórych pozycjach widnieje zapis „N/A", prosimy o wyjaśnienie zastosowanego zapisu w zakresie szacunku potrzeb dyskowych dla danego serwera.*

Przystępujący złożył następujące wyjaśnienia:

(…) Naszą intencją było podkreślenie, że w proponowanym rozwiązaniu rekomendujemy MS SQL 2022 Standard jako bazę danych, działającą na systemie operacyjnym Windows Server 2022 Standard (wiersz 8). Jednocześnie chcieliśmy podkreślić, że system obsługuje również Oracle DB, co mogliśmy zrobić niezręcznie i w niewłaściwej kolumnie.

Wiersze 9 i 10 są nieprawidłowe; prawidłowy system operacyjny to Linux - Red Hat w wersji 8.x lub nowszej, zgodnie z rekomendacją w zakładce „Specyfikacja techniczna _3 mln".

Do naszej odpowiedzi załączamy poprawiony Załącznik nr 3 do SWZ - Rekomendację Wykonawcy Specyfikacji infrastruktury IT Systemu SZO. Zmiany zostały zaznaczone kolorem zielonym. (…)

Wszystkie elementy wymienione w Państwa pytaniu (takie jak bazy danych: MS SQL, PostgreSQL, TimescaleDB oraz brokerzy wiadomości/platformy streamingowe: Apache Kafka/RabbitMQ) mogą być w pełni odseparowane dla każdego środowiska.

Podstawą naszej propozycji współdzielenia elementów była konsolidacja zasobów i efektywność kosztowa. Jeśli środowisko nie jest wykorzystywane do testowania infrastruktury (gdzie każda usługa i jej infrastruktura są izolowane i testowane w najdrobniejszych szczegółach), w duchu efektywnego zarządzania zasobami rozsądne jest uruchamianie tych instancji w sposób skonsolidowany.

Model multi-tenant w proponowanych bazach danych (MS SQL, PostgreSQL, TimescaleDB), jak również w brokerach wiadomości i platformach streamingowych (Apache Kafka/RabbitMQ), jest idealny dla środowisk, w których wielu klientów korzysta z tej samej aplikacji. Umożliwia on efektywne kosztowo, skalowalne i łatwe w zarządzaniu operacje bazodanowe, zapewniając jednocześnie izolację specyficzną dla danego klienta, bezpieczeństwo i kastomizację. Kluczowe korzyści obejmują niższe koszty, skalowalność, szybkie dostosowywanie bez konieczności kodowania oraz scentralizowane aktualizacje i konserwację.

Model multi-tenant w proponowanych bazach danych, brokerach wiadomości i platformach streamingowych jest powszechną praktyką w naszej firmie. Różne działy, takie jak Badania i Rozwój oraz Dział Rozwiązań, korzystają z izolowanej infrastruktury Symbiot w połączeniu z bazami danych, brokerami wiadomości i platformami streamingowymi w modelu multi-tenant. Jest to również często stosowane rozwiązanie w wielu klienckich projektach. (…)

Omawiając kwestie pamięci masowej (storage), zazwyczaj koncentrujemy się na długoterminowych rozwiązaniach storage, takich jak pamięć masowa SAN. Z tego powodu początkowo oznaczyliśmy „N/A" w kolumnie „Storage [GB]". Jednak teraz rozumiemy, że Państwa zamiarem było uwzględnienie zarówno pamięci długoterminowej, jak i pamięci przeznaczonej dla maszyn wirtualnych.

Aby to uwzględnić, zaktualizowaliśmy specyfikację, odzwierciedlając wymagania dotyczące pamięci dla maszyn wirtualnych. Do naszej odpowiedzi załączamy poprawiony Załącznik nr 3 do SWZ – Rekomendację Wykonawcy Specyfikacji infrastruktury IT Systemu SZO. Zmiany zostały zaznaczone kolorem zielonym.

Ponadto, pismem z 27 listopada 2024 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Sagemcom na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do wyjaśnień w następującym zakresie:

Zamawiający w pkt: 13.6.1, 13.6.2, 13.6.3 Załącznika nr 1 do Umowy opisuje wymagania architektury technicznej i ograniczenia Zamawiającego. W złożonej przez Państwa zgodnie z pkt 4.2.1.4 SWZ Rekomendacji Wykonawcy Specyfikacji infrastruktury IT systemu SZO (Załącznik nr 3 do SWZ) w zakresie specyfikacji środowisk na poziomie infrastrukturalnym/systemowym w pozycjach rekomendacji maszyn wirtualnych/fizycznych hostów zaproponowane rozwiązanie różni się od wymagań wskazanych w Załączniku nr 1 do Umowy. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności złożonego dokumentu względem ww. wymagań.

Dodatkowo w przekazanym dokumencie Załączniku nr 3 do SWZ w kolumnie „Oprogramowanie dodatkowe/Wersja" nie umieścili Państwo planowanych wersji technologii. Prosimy o wyjaśnienie przyczyn braku uzupełnienie dokumentu.

Wykonawca Sagemcom wyjaśnił:

(…) Odnośnie pkt: 13.6.1, 13.6.2, 13.6.3 Załącznika nr 1 do Umowy, Zamawiający narzucił ograniczenie w liczbie vCPU oraz RAM, które nie odpowiadają wymaganiom systemu SICONIA opracowanego przez Sagemcom. Po pogłębionej analizie zdecydowaliśmy się zaktualizować Załącznik nr 3 do SWZ, aby dostosować go do naszych wymagań i przejść z serwerów wirtualnych na fizyczne. Poniżej wyjaśnienia dotyczące zmian wraz z dołączonym zaktualizowanym załącznikiem.

Węzły danych Hadoop

Sagemcom wykorzystuje węzły danych Hadoop jako rozwiązanie do przechowywania dużych ilości danych, oferując wyższą skalowalność zarówno w pionie, jak i poziomie. Chociaż możliwe jest rozłożenie obciążenia na wiele mniejszych maszyn wirtualnych (np. do 12 procesorów i 64 GB pamięci RAM na maszynę), Sagemcom preferuje przejście z maszyn wirtualnych na fizyczne przy zachowaniu tej samej liczby węzłów danych. Takie podejście minimalizuje narzut operacyjny i zarządczy poprzez zmniejszenie całkowitej liczby wymaganych węzłów.

Węzły HES-Data i SAPO-DATA

Do relacyjnego przechowywania danych Sagemcom wykorzystuje serwery bazodanowe PostgreSQL. Ponieważ PostgreSQL nie obsługuje skalowalności poziomej dla operacji zapisu, zamiast tego stosowana jest skalowalność pionowa. Aby zaradzić ograniczeniom, Sagemcom zmniejszył wymagania dotyczące procesora z 16 do 12 rdzeni. W przypadku obsługi 6 milionów liczników, strategia wdrażania zmieniła się z serwerów wirtualnych na fizyczne dla węzłów SAPO-DATA tylko w celu zapewnienia wydajności i skalowalności.

Odnosząc się do drugiego aspektu wymagającego wyjaśnienia a wiec braku planowanych wersji technologii, wyjaśniamy,

iż Sagemcom zaprojektował architekturę Siconia przy użyciu ugruntowanych, niezawodnych i szeroko stosowanych pakietów open-source. Plan działania systemu Siconia jest starannie dostosowany do polityki wydawania tych produktów typu open-source, zapewniając równowagę między solidnym bezpieczeństwem a długoterminową stabilnością. Plan ten koncentruje się na dostarczaniu głównych wydań wolnych od krytycznych luk w zabezpieczeniach (bez CVE) przy jednoczesnym ograniczaniu ryzyka związanego z przestarzałą technologią.

Ponadto wykonawca Sagemcom przedstawił w wyjaśnieniach *streszczenie polityki planu działania dla głównego używanego oprogramowania typu open-source*.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby zarzuty naruszenia powyższych przepisów są niezasadne.

Przede wszystkim zauważyć należy, że Zamawiający jednoznacznie przesądził w treści SWZ, że Załącznik nr 3 do SWZ – Rekomendacja Wykonawcy Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO nie będzie podlegać ocenie pod kątem zgodności oferty z warunkami zamówienia. Zamawiający miał bowiem świadomość charakteru tego dokumentu i jego przeznaczenia – miał on służyć przede wszystkim Zamawiającemu, aby był on w stanie przygotować infrastrukturę niezbędną do wykonania zamówienia, a ponadto mógł on podlegać zmianom na etapie realizacji umowy. Dokument ten, jakkolwiek przydatny Zamawiającemu pod kątem konieczności przygotowania realizacji umowy, zgodnie z literalnym brzmieniem SWZ nie podlegał ocenie jako treść oferty. Miał on więc charakter informacyjny i pomocniczy, a potrzebę nadania mu takiego charakteru Zamawiający przekonujący uzasadnił w odpowiedzi na odwołanie, wskazując m.in.:

(…) W przypadku udzielanego w Postępowaniu zamówienia jednym z priorytetów jest termin jego realizacji. Co istotne, jego prawidłowa realizacja wymaga określonych działań i poniesienia nakładów również przez Zamawiającego. W związku z tym uzasadnione było możliwie szybkie powzięcie wiedzy co do wymaganej infrastruktury, dokonanie szacunków co do zasobów IT i ewentualnie zwiększenia ich w możliwie krótkim czasie – szczególnie że I Etap Faza 2, tj. wdrożenie systemu, rozpoczyna się w okresie maksymalnie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Zgodnie z podziałem ról i obowiązków Zamawiający ma dostarczyć infrastrukturę i środowiska niezbędne wykonawcy. (…) Niezbędne jest też zrozumienie wymagań technicznych oraz wczesna identyfikacja potrzeb czy optymalizacja harmonogramu działań związanych z realizacją zamówienia i współdziałaniem Zamawiającego.

O tym, że przedmiotowa rekomendacja z założenia miała mieć charakter pomocniczy i elastyczny, świadczy postanowienie § 5 ust.1 pkt 6 wzoru umowy, nakładające na wykonawcę obowiązek aktualizacji rekomendacji w całym okresie realizacji umowy. Wobec powyższego dokument ten nie może być traktowany jako niezmienna treść oferty, podlegająca ocenie pod kątem wymagań Zamawiającego, których niespełnienie może skutkować odrzuceniem oferty. Stałoby to bowiem w sprzeczności zarówno z literalnym brzmieniem SWZ, jak i z intencją Zamawiającego co do funkcji tego dokumentu. Gdyby Zamawiający, wbrew jasnej informacji zawartej w SWZ, odrzucił ofertę z powodu negatywnej oceny treści Rekomendacji, naraziłby się na uzasadnione zarzuty – odrzucenie takiej oferty godziłby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Odnosząc się do wezwań do wyjaśnień skierowanych przez Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że podstawa wezwania do wyjaśnień zastosowana przez Zamawiającego nie może świadczyć o innym charakterze rekomendacji, niż to zostało literalnie określone w treści SWZ. Ponadto nie może ona stanowić podstawy do wniosku, że w wyniku złożenia wyjaśnień doszło niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Jak wskazano powyżej – dokument ten nie określał niezmiennego zobowiązania wykonawcy, ale miał stanowić pomoc dla Zamawiającego w należytym przygotowaniu realizacji umowy.

Nie jest trafna argumentacja Odwołującego, który zwrócił uwagę na treść oświadczenia w Załącznika nr 1 do oferty: *(…) 8. Oświadczamy, że Zamówienie wykonamy zgodnie z Rekomendacją Specyfikacji Infrastruktury IT systemu SZO (wg wzoru Zamawiającego Załącznik nr 3 do SWZ – osobny plik Excel)* Powyższe nie oznacza, że treść tego dokumentu pozostaje wiążąca w brzmieniu ustalonym na dzień składania ofert. Należy zauważyć, że zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 6 rekomendacja będzie podlegała aktualizacji w okresie realizacji umowy, już tylko z tego powodu nie może mieć takiego waloru, jaki próbuje przypisać mu Odwołujący. Jakkolwiek słusznie zauważył Odwołujący, że powyższe postanowienie umowy dotyczy etapu jej realizacji, nie zaś okresu między złożeniem oferty a zawarciem umowy, nie zmienia to jednak faktu, że w świetle tego postanowienia treść rekomendacji z założenia ma ewoluować stosownie do

zmieniającej się w toku wykonywania umowy sytuacji.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że nawet gdyby rekomendacjom można było wytknąć jakiekolwiek błędy, to nie ulega wątpliwości, że nie mogłyby one prowadzić do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W konsekwencji – nawet gdyby uznać, że złożone wyjaśnienia zmierzały do usunięcia takich błędów, nie ma to znaczenia z punktu widzenia prawidłowości oferty. W związku z tym zbędne jest ocenianie przez Izbę merytorycznej strony rekomendacji i udzielonych wyjaśnień.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 , stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:……