

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Kujawsko - Pomorskie przy udziale wykonawcy "Konsultant IT" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Województwu Kujawsko – Pomorskiemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2. powtórzenie badania i oceny ofert,

1.3. udostępnienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie w całości pisma "Konsultant IT" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu datowanego na 11 maja 2023 r. wraz z załącznikami do tego pisma,

1.4. zażądanie od "Konsultant IT" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu aby wykonawca w terminie określonym przez Województwo Kujawsko - Pomorskie zastąpił Nexus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Województwo Kujawsko-Pomorskie i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych),

2.2. zasądza od Województwa Kujawsko - Pomorskiego na rzecz Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 2087/23

UZASADNIENIE

W dniu 17 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pod nazwą „Budowa modułu BI do analizy danych w ramach Regionalnego Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej Numer referencyjny: ZW-I.272.4.2023” (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Województwo Kujawsko - Pomorskie (dalej jako „Zamawiający”) na „zaniechanie udostępnienia Odwołującemu utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ewentualnych załączników do tych wyjaśnień, złożonych przez Wykonawcę – Konsultant IT z siedzibą w Poznaniu”, „zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsultant IT, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę (zarzut zgłoszony jako ewentualny – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy Konsultant IT wraz z ewentualnymi załącznikami (...))” oraz „zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsultant IT do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1) art. 18 ust. 1 i ust. 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) PZP w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ewentualnych załączników do tych wyjaśnień, złożonych przez Wykonawcę – Konsultant IT z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Konsultant IT”);

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsultant IT, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę (zarzut zgłoszony jako ewentualny – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy Konsultant IT wraz z ewentualnymi załącznikami; Odwołujący wnosi o nierozpatrywanie tego zarzutu w przypadku uwzględnienia

zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z ewentualnymi załącznikami – z zaznaczeniem przedwczesności tego zarzutu w uzasadnieniu odwołania);

3)art. 118 ust. 2 PZP w zw. z art. 119 PZP w zw. z art. 122 PZP poprzez zaniechanie stwierdzenia przez Zamawiającego, że zasoby udostępniane Wykonawcy Konsultant IT przez Nexus Polska Sp. z o.o. nie pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę Konsultant IT spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wynikającego z rozdziału V ust. 1.4.1. SWZ wobec braku realizacji przez Nexus Polska Sp. z o.o. usług, do realizacji których jest wymagana jego zdolność, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsultant IT do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.”.

Odwołujący wniósł o:

„o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2.unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
 - 3.udostępnienia Odwołującemu utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami Wykonawcy Konsultant IT;
 - 4.dokonania ponownej oceny ofert;
 - 5.wezwania Wykonawcy Konsultant IT do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;
 - 6.odrzućcia oferty Wykonawcy Konsultant IT z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę (wniosek ewentualny);
 - 7.dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty”
- a także „o orzeczenie zwrotu kosztów postępowania”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, a także o „zasądzenie kosztów postępowania według faktury przedłożonej na rozprawie”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca "Konsultant IT" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 036-106628.

W dziale V pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że „Zamawiający, na podstawie art. 112 ustawy Pzp określa następujące warunki udziału w postępowaniu: (...) 1.4 Zdolności technicznej lub zawodowej. 1.4.1 Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed dniem upływu terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie, co najmniej: - 1 kontrakt o wartości minimum 800.000,00 zł brutto polegający na wprowadzeniu/realizacji rozwiązania informatycznego dotyczącego dostawy lub wdrożenia oprogramowania (HIS, EHR, ERP) w podmiotach leczniczych - udział minimum 5 podmiotów (szpitali wojewódzkich lub powiatowych) lub - Udział w co najmniej 1 projekcie informatycznym w zakresie projektowania, budowy oraz wdrożenia systemu klasy BI dokonującego analiz i tworzącego zindywidualizowane raporty charakteryzującym się zintegrowaniem co najmniej 3 systemów informatycznych za pomocą dedykowanego interfejsu. (...)”.

W dziale VIII pkt 2 SWZ Zamawiający określił, że „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zobowiązany jest: 2.1 złożyć wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby lub inny podmiotowy środek dowodowy, musi potwierdzać, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określać w szczególności: a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; b) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; c) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą (...)”, zaś w dziale VIII pkt 5 SWZ, iż „Wzór zobowiązania stanowi załącznik nr 11 do SWZ”.

W dziale IX pkt 2 SWZ określono, że „Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę, w ofercie, części

zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć Podwykonawcom oraz podania nazw ewentualnych Podwykonawców, jeżeli są już znani”, zaś w dziale IX pkt 5 SWZ, iż „Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 4 do SWZ”.

Odwolujący i Przystępujący złożyli ofertę w Postępowaniu.

Składając ofertę w Postępowaniu Przystępujący złożył dokument sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 4 do SWZ zatytułowany „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 462 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych dotyczące podwykonawstwa” o treści „W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: Budowa modułu BI do analizy danych w ramach Regionalnego Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (sprawa nr ZW-I.272.4.2023) oświadczamy, że: ~~nie zamierzamy powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy*~~, zamierzamy powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy*, W przypadku zlecenia podmiotom trzecim podwykonawstwo należy wraz z oświadczeniem wskazać części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom wraz z podaniem firm podwykonawców oraz wartość lub procentową część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcom. 1. NEXUS POLSKA SP. Z O.O., ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań w zakresie: • udostępnienie zasobów poprzez oddanie do dyspozycji wykonawcy posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia) zdobytej podczas realizacji projektu informatycznego w zakresie projektowania, budowy oraz wdrożenia systemu klasy BI dokonującego analiz i tworzącego zindywidualizowane raporty charakteryzującym się zintegrowaniem co najmniej 3 systemów informatycznych za pomocą dedykowanego interfejsu Procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy: 1% (...) * niepotrzebne skreślić”.

Wraz z ofertą Przystępujący złożył dokument sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 11 do SWZ zatytułowany „Oświadczenie/Zobowiązanie” o treści „Ja Agnieszka Smuszkiewicz (Imię i nazwisko) jako podmiot udostępniający zasoby (podać nazwę podmiotu): Nexus Polska Sp. z o.o., ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań uprawniony do reprezentowania w/w firmy, świadomy odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń (art. 233 §1 i 297 §1 Kodeksu Karnego) niezgodnych ze stanem faktycznym o s w i a d c z a m, że stosownie do art. 118 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, udostępniam Wykonawcy Konsultant IT Sp. z.o.o., ul. Krzywa 21, 60-118 Poznań (nazwa Wykonawcy) na okres realizacji zamówienia publicznego pn. Budowa modułu BI do analizy danych w ramach Regionalnego Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (sprawa nr ZW-I.272.4.2023) do dyspozycji następujące zasoby/osoby z uprawnieniami* (należy wskazać udostępniane zasoby): Zdolności technicznej lub zawodowej zdobytej podczas realizacji projektu informatycznego pn. „Dostawa i uruchomienie sprzętu teleinformatycznego oraz modernizacja systemów HIS i ERP wraz z udostępnieniem e-usług na potrzeby projektu „Lubuskie e- Zdrowie” dofinansowanego z Unii Europejskiej w ramach środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Lubuskie 2020, Oś 2. Rozwój Cyfrowy, Działanie 2.1 Rozwój społeczeństwa informacyjnego, Nr postępowania: DA.III.2721.1.5.2020, na rzecz Zamawiającego: Województwo Lubuskie, Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze, ul. Podgórna 7, 65-057 Zielona Góra, które obejmowało swoim zakres projektowanie, budowę oraz wdrożenie systemu klasy BI dokonującego analiz i tworzącego zindywidualizowane raporty charakteryzującym się zintegrowaniem co najmniej 3 systemów informatycznych za pomocą dedykowanego interfejsu Sposób/zakres wykorzystania ww. zasobów (np. konsultacje, podwykonawstwo, doradztwo, przy czym jeśli przedmiotem udostępnienia są zasoby dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, niniejsze zobowiązanie musi wykazywać, że podmiot udostępniający ww. zasoby wykona roboty budowlane lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane): Zasoby zostają udostępnione na czas realizacji przedmiotu zamówienia poprzez doradztwo i wsparcie specjalisty, pomoc merytoryczną oraz realne uczestnictwo w realizacji przedmiotu i wykonywanie prac w zakresie czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w ramach umowy podwykonawczej pomiędzy Wykonawcą i Nexus Polska Sp. z o.o. Okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: Nexus Polska Sp. z o.o. odda do dyspozycji Wykonawcy wskazane zasoby przez cały okres niezbędny do realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania – czyli od daty podpisania niniejszego zobowiązania do dnia wykonania zamówienia Charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udzielający zasobów z Wykonawcą (np. umowa cywilno – prawna, umowa współpracy): Udostępnienie zasobów osobowych nastąpi na podstawie umowy podwykonawczej pomiędzy Wykonawcą i Nexus Polska Sp. z o.o. Potwierdzamy, że stosunek łączący nas z Wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do wskazanych zasobów. *) niepotrzebne skreślić”.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 27 kwietnia 2023 r. pismo o treści „W toku badania i kontroli formalno-prawnej Państwa oferty, złożonej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 132 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest budowa modułu BI do analizy danych w ramach Regionalnego Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej (sprawa nr: ZW-1.272.4.2023), Zamawiający powziął wątpliwość, co do prawidłowości skalkulowania przez Państwa wysokości ceny ofertowej, zaproponowanej w niniejszym postępowaniu. W oparciu o art. 224 ust. 2 ustawy Pzp., w przypadku gdy cena całkowita

oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w zakresie poprawności skalkulowania ceny ofertowej. Zgodnie z treścią art. 224 ust. 1, Zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ponieważ cena złożonej przez Państwa oferty w wysokości 1.931.100,00 zł brutto, czyli 1.570.000,00 zł netto, jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, która wynosiła 3.500.000,00 zł brutto, czyli 2.845.528,45 zł netto, Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywa do złożenia szczegółowych informacji i przesłanek, mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny ofertowej i precyzyjne wyspecyfikowanie zakładanych kosztów wszystkich pozycji mających wpływ na końcową cenę ofertową. Przedstawiając uzasadnienie skalkulowanej ceny ofertowej, należy udowodnić, iż przedstawiona cena jest ceną wiarygodną, tzn. że wykonawca z tytułu przeprowadzenia i realizacji zamówienia, zachowując jednocześnie przy wykonywaniu należyłą staranność, nie będzie ponosił strat. Złożone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i obejmować szczegółowe informacje odnośnie wszelkich kosztów związanych z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ), a także przedstawiać dowody dotyczące elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, a w szczególności: a) Oprogramowanie dziedzinowe i bazodanowe (w tym licencje); b) Oprogramowanie systemowe i middleware (w tym licencje); c) Koszty wdrożenia (w tym prace analityczne i programistyczne); d) Przygotowanie dokumentacji (w tym przeniesienie praw majątkowych); e) Zarządzanie projektem; f) Szkolenia wdrożeniowe dla użytkowników modułu BI; g) Koszty infrastruktury, backupu, połączeń sieciowych; h) Serwis gwarancyjny; i) Ochrona bezpieczeństwa danych j) Wymogi w zakresie SLA i czasu reakcji (pracownicy, oprogramowanie do zgłaszania błędów) Zamawiający wskazuje, że Wykonawca, który otrzyma od Zamawiającego wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny musi racjonalnie uzasadnić wysokość zaoferowanej ceny. Ogólne podanie argumentów uzasadniających zastosowanie danego poziomu ceny ofertowej nie może zostać przez Zamawiającego uznane za wystarczające. Wyjaśnienia Wykonawcy muszą być poparte jednoznacznymi wyliczeniami. Dla zakwalifikowania oferty jako nie oferującej rażąco niskiej ceny konieczne jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, że Wykonawca jest w stanie rzetelnie wykonać zadanie w wymaganym zakresie. Wyjaśnienia należy przedstawić najlepiej w formie tabelarycznej, z uwzględnieniem wszystkich elementów będących częścią oferty wpływających na jej cenę, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, uwzględniając także planowany zysk (wskazanie liczbowe, bądź procentowe w stosunku do złożonej oferty), zastosowane rozwiązania techniczne lub organizacyjne, wyjątkowo korzystne warunki usług, warunki realizacji zamówienia, a także wskazanie ewentualnych specjalnych upustów, dodatkowego dofinansowania, korzystania ze specjalnych ulg itp., koszty obsługi oraz zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy i wynagrodzenia osób uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo minimalnej stawki godzinowej, oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, ewentualne koszty poniesione na usługi transportowe związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wypełnienie obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy itp. Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny musi być szczegółowe i wyczerpujące oraz kompletne już na pierwsze wezwanie Zamawiającego. W wyroku KIO z 21 października 2019 r. (sygn. akt 1880/19, KIO 1895/19), czytamy m.in.: „(...) nie jest rolą zamawiającego doszukiwanie się w wyjaśnieniach wykonawcy czy domyslanie się, jakie założenia przyjął w swoich kalkulacjach. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do wezwania wykonawcy; zaś ciężar dowodu wykazania realności zaoferowanej ceny spoczywa na wykonawcy. To, jakie to są okoliczności, winno być więc precyzyjnie i jasno wskazane i poparte dowodami w treści złożonych wyjaśnień (...). Krajowa Izba Odwoławcza i sądy okręgowe wielokrotnie podkreślały w swoich orzeczeniach, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 listopada 2014 r., sygn. akt KiO 2185/14; wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie, sygn. akt I Ca 117/12; wyrok Sadu Okręgowego Warszawa-Praga, sygn. akt IV Ca 1299/09; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX179/13). Tym samym nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami (np. umowa zawarta z podwykonawcą czy oferta handlowa). Wykonawca, wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne, dotyczące tylko tego wykonawcy okoliczności, wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w kalkulacji”. Konkretyzację wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny podkreśla również wyrok KIO z dnia 8 września 2021 r. (sygn. akt: KIO 2031/21), gdzie skład orzekający uzasadniał: „... Izba zwraca uwagę na obecne brzmienie art. 224 ust.

6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który z mocy art. 266 tej ustawy do postępowań poniżej progów unijnych stosuje się wprost. Zgodnie ze wskazanym przepisem 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. (...) Obecnie zamawiający ma dokonać oceny, czy wyjaśnienia i dowody uzasadniają podaną cenę lub koszt i może odrzucić ofertę jeśli jest w stanie wykazać za na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów nie był w stanie uznać ceny lub kosztu za uzasadniony. Tym samym w ocenie Izby nowelizacja wzmocniła znaczenie wyjaśnień konkretnych, odnoszących się do elementów kalkulacyjnych oferty i udowodnionych i podkreśliła ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Tym samym porzucenie na twierdzeniach lub złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami w obecnym stanie prawnym naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia jako niewystarczające dla uzasadnienia ceny. (...) Izba zwraca także uwagę, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie stanowi podstawy do odstąpienia od badania realności ceny. Tym samym wykonawca jest obowiązany wykazać, że zaoferowana cena pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia". Reasumując, zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, natomiast w myśl art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający zobligowany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. (...)"

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 11 maja 2023 r. pismo o treści „Uwaga: Wykonawca Konsultant IT Sp. z o.o. zastrzega treść niniejszego pisma dot. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11, ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2022 poz. 1233 ze zm.) i w związku z powyższym, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) wnosi o nie ujawnianie ww. informacji. Działając w imieniu Wykonawcy wskazują, iż utajnione informacje spełniają wszystkie przesłanki pozwalające uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji opiera się na utrzymaniu stanu niepewności innych podmiotów co do możliwych posunięć Wykonawcy na konkurencyjnym rynku. Istnienie niepewności co do przyszłego zachowania konkurentów jest istotą mechanizmów konkurowania. Postępowania takie jak to, którego dotyczą niniejsze wyjaśnienia, nie są zjawiskami „jednorazowymi” i zamiarem Wykonawcy jest ubieganie się o dalsze zamówienia w tej samej branży, z zachowaniem wysokich szans na ich pozyskanie. Dlatego w interesie Konsultant IT Sp. z o.o., tak jak każdego innego racjonalnie działającego podmiotu, jest nieujawnianie ani swojej polityki cenowej, ani podejścia do kalkulacji oferty w indywidualnym przypadku. Ujawnienie wyjaśnień miałoby istotny negatywny wpływ na jego sytuację, w szczególności ujawnienie informacji na temat założeń przyjmowanych przy kalkulacji oferty pozwoli innym wykonawcom oszacować zakres minimalnych cen, w jakich Konsultant IT Sp. z o.o. może złożyć ofertę w innym postępowaniu. Ujawnieniu podlegała by również marża uzyskiwana przez Wykonawcę w tym projekcie, a także sposób jej szacowania. W efekcie, zmniejszą się szanse Konsultant IT Sp. z o.o. na pozyskanie kolejnych źródeł przychodu, ponieważ inni wykonawcy będą w stanie dostosować swoją politykę cenową do możliwości i metod stosowanych przez Konsultant IT Sp. z o.o. Co szczególnie istotne, będzie to sytuacja asymetryczna i przez to jeszcze bardziej niebezpieczna dla Konsultant IT Sp. z o.o.– o ile bowiem konkurencja pozna te informacje w odniesieniu do Wykonawcy, o tyle on nie uzyska ich w odniesieniu do konkurencji. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji przejawia się zatem także w ich zdolności do utrzymania źródła przychodów w przyszłości. Konsultant IT Sp. z o.o. uzyskuje istotną część swoich przychodów na rynku usług dotyczących prac w zakresie dostawy i wdrożenia systemu informatycznego w obiektach służby zdrowia świadczonych na podstawie umów zawieranych w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Utrata nawet kilku procent zamówień pozyskiwanych tym kanałem z powodu ujawnienia danych dotyczących polityki cenowej i marży oraz wykorzystania tych informacji przez konkurencję spowodowałaby utratę przychodów (szkoda w postaci utraconych korzyści) rzędu setek tysięcy złotych. Zastrzeżone informacje jako całość ani w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Wysokość kosztów uzależniona jest między innymi od: – stosowanych rozwiązań technologicznych, – umiejętności przełożenia dotychczasowych doświadczeń na szacunki co do czasu potrzebnego na wykonanie zadania, – umiejętności przełożenia znanych spółce kompetencji personelu na szacunki co do czasu potrzebnego na wykonanie zadania, – decyzji biznesowych, w szczególności związanych z wysokością marży. Wykonawca nie ujawnia tych informacji publicznie- nie są one też powszechnie dostępne. Konsultant IT Sp. z o.o. podejmuje szereg działań w celu zapewnienia utrzymania poufności charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Na system zabezpieczeń stosowany przez spółkę składają się między innymi środki o charakterze kontraktowym (np. stosowanie klauzul o poufności w umowach zawieranych z kontrahentami, a także ustalenie zasad zachowania poufności informacji w umowach zawieranych z personelem, organizacyjnym (dostęp do informacji poufnych mogą uzyskać tylko osoby, którym są one niezbędnie potrzebne do wykonywania obowiązków służbowych, przy czym dostęp do informacji dotyczących danego postępowania otrzymują wyłącznie osoby dedykowane do jego obsługi i realizacji) oraz

technicznym (ochrona wyspecjalizowanej agencji, systemy antywłamaniowe, zabezpieczenia informatyczne, w tym unikalne loginy, uwiarycznianie pracowników za pomocą bezpiecznego hasła, zapory sieciowe, oprogramowanie antywirusowe). Gwarantuje to, że do całości informacji objętych zastrzeżeniem nie mają dostępu osoby nieupoważnione. Wykonawca zwraca również uwagę, że informacje stanowiące wyjaśnienia w zakresie ceny, w tym również rażąco niskiej mogą podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Chociażby w wyroku Izby w sprawie KIO 1257/18 stwierdzono „Do informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa zalicza się dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu.” Izba uznała również w sprawie o sygnaturze KIO 496/10 „Kalkulacja cenowa może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.” Istotnym jest również orzeczenie Izby w sprawie KIO 68/18, zgodnie z którym „Informacje o charakterze technicznym i organizacyjnym, w tym informacje o przyjętej strategii konstruowania oferty i metodzie realizacji zamówienia, szacowanej marży, know-how wykonawcy, kosztach dostawy elementów przedmiotu zamówienia oraz wysokość ponoszonych kosztów i uzyskiwanych rabatów, są to informacje posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy. Zastrzeżenie tego rodzaju informacji jest w branży informatycznej w zasadzie praktyką powszechną.” Jednocześnie Konsultant IT Sp. z o.o. wskazuje, że oferty otrzymane od potencjalnych dostawców, co prawda nie są zaznaczone przez składających oferty jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak ceny ofert z doliczoną do nich marżą Wykonawcy stanowią już dla Wykonawcy podstawę do ich utajnienia jako całościowa informacja o charakterze gospodarczym. W imieniu Wykonawcy Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27.04.2023r. uprzejmie wyjaśniamy co następuje: **TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA I.** Informacje ogólne dotyczące ceny Wykonawca Konsultant IT Sp. z o.o. złożył w Postępowaniu ofertę na przedmiot zamówienia pn. Budowa modułu BI do analizy danych w ramach Regionalnego Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej. Wykonawca Konsultant IT Sp. z o.o. potwierdza, że zaoferowana cena obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia wskazane przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do SWZ tj. Opisie Przedmiotu Zamówienia i oświadcza, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wyjaśniamy, że Wykonawca podał i skalkulował cenę oferty w taki sposób, że jest ona realna, możliwe jest wykonanie za nią zamówienia z należytą starannością i w żaden sposób nie wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych Wykonawcy a ponadto pozwala na osiągnięcie przez Konsultant IT Sp. z o.o. zysku. Cena określona przez Wykonawcę została ustalona przede wszystkim na podstawie analizy (kalkulacji) własnej, z uwzględnieniem standardów rachunkowości oraz przyjętych u Wykonawcy zasad kalkulacji zwrotu z poczynionych nakładów inwestycyjnych. Ponadto, wieloletnie doświadczenie Wykonawcy w branży medycznej, właściwa organizacja pracy, know-how, znajomość rynku, innych wykonawców oraz indywidualne zaangażowanie w realizację zamówienia pozwoli Wykonawcy na uzyskanie znaczących oszczędności w zakresie kosztów jego realizacji. Bogate doświadczenie pozwala bowiem na precyzyjne wyliczenie kosztów realizacji zadania, w tym także ocenę ewentualnych ryzyk. Bogate doświadczenie wykonawcy, jest niewątpliwie przesłanką, która pozwala na duży stopień dokładności przy kalkulacji ceny oraz ograniczenie w znacznej mierze kosztów (...) Należy podkreślić, iż Konsultant IT Sp. z o.o. jako firma, której podstawą działalności jest produkcja i wdrażanie oprogramowania dla jednostek służby zdrowia, posiada niezbędną zasób wiedzy i doświadczenia, które opiera się na licznych analizach wdrożeniowych przy współudziale personelu medycznego, oraz posiadanych w ramach własnego Produktu, (...) Dokonując wyceny, Wykonawca wziął pod uwagę, że posiada on kompletne kompetencje do realizacji przedmiotu zamówienia w postaci przeszkolonego i przygotowanego do pracy zespołu, złożonego ze specjalistów ze wszystkich obszarów technologicznych, niezbędnych do efektywnego świadczenia ww. usług. (...) Zwracamy też szczególną uwagę na główne założenia przyjęte do wyceny przedmiotu zamówienia, aktualne dla wszystkich zadań objętych naszą ofertą: 1. Wykonawca należy do sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) i w związku z tym tzw. ogólne koszty zarządu stanowiące narzut na koszty pracy specjalistów kształtują się na wielokrotnie niższym poziomie, niż ma to miejsce w dużych spółkach akcyjnych, jak COIG SA czy Comarch Polska SA. Sam narzut na obsługę spółki akcyjnej w związku z funkcjonowaniem jej na giełdzie papierów wartościowych stanowi olbrzymie obciążenie kosztowe. Koszty zarządu w przypadku Wykonawcy kształtują się na minimalnym możliwym poziomie, pozwalającym firmie działać profesjonalnie i konkurencyjnie rynkowo. 2. Wykonawca posiada bogate doświadczenia oraz szerokie kompetencje w zakresie automatyzacji powtarzalnych czynności administracyjnych. Realizacja przedmiotu zamówienia będzie więc automatyzowana m.in. w zakresie wykonywania kopii bezpieczeństwa, aktualizacji wersji oprogramowania oraz czynności dodatkowych. 3. Typowe czynności administracyjne dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są wykonywane przez osoby (...) koszt oraz czas realizacji jest niższy. 4. Zgodnie z metodyką Wykonawca oszacował liczbę etatów niezbędnych do realizacji projektu oraz uwzględnił procent zaangażowania dla każdego ze stanowisk, (...), co potwierdzają załączone materiały dowodowe. **II. Ocena ceny oferty jako ceny rażąco niskiej** W pierwszej kolejności pragniemy wskazać, że cena zaoferowana przez Konsultant IT Sp. z o.o. nie jest niższa od wartości zamówienia w sposób, który uzasadniałby, w naszej ocenie, zastosowanie art. 224 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z obowiązującym brzmieniem przepisu art. 224 ust. 1 Pzp, na podstawie którego Zamawiający wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich

istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Biorąc pod uwagę aktualne orzecznictwo, przyjąć należy, że aby powstał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty konieczne jest powzięcie przez zamawiającego podejrzeń, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a Zamawiający powinien mieć konkretną wątpliwość co do możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (tak KIO 646/23 oraz KIO 2957/22). Zamawiający w wezwaniu nie wskazał w jakim zakresie i z jakich powodów powstała jego wątpliwość w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, dlatego uznał ją za cenę rażąco niską. Przypominamy, że mimo braku legalnej definicji terminu „rażąco niska cena” utrwalona linia orzecznicza pozwala stwierdzić, że jest to cena zupełnie niewiarygodna, odbiegająca bardzo istotnie od warunków rynkowych. Taka, która nie pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych (UZP) w swojej opinii, za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną „niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości” (Źródło: www.uzp.gov.pl). Ponadto wyjaśniamy, że aby dana cena została uznana za rażąco niską powinna ona odbiegać od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, iż nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku bądź też nie pozwalać na utrzymanie rentowności wykonawcy na danym zadaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 88/09, opubl. LEX nr 552013), być ceną pozostającą w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia w sytuacji gdy realizacja zamówienia za taką cenę nie jest możliwa, ceną niewiarygodną i nierealną (tzn. ceną, za którą nie można zrealizować danego zamówienia) czy też nie dającą możliwości osiągnięcia zysku (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia: 5 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 952/09, 11 sierpnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 765/08, 27 czerwca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 587/08, 29 maja 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 466/08, 11 kwietnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 273/08, 9 kwietnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 257/08 i 258/08, 28 marca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 226/08, wszystkie opublikowane w Systemie Informacji Prawnej LEX). W niniejszej sytuacji takiego zagrożenia z pewnością nie ma, tym bardziej, że (o czym szerzej poniżej) w swej istocie znaczna część przedmiotu zamówienia jest już gotowa (...). Ponadto Wykonawca wskazuje, że zaproponowana przez niego cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie odbiega od cen, które inni Wykonawcy oferowali w ramach dostaw i wdrożenia systemu BI, w których Zamawiający była jednostka sektora finansów publicznych, przykładami mogą być postępowania: 1. Zamawiający: Polski Instytut Sztuki Filmowej postępowanie pn. „Wdrożenie Aplikacji klasy BI (Business Intelligence) w modelu usługowym chmury obliczeniowej nazywanej SaaS (Software as a Service) na potrzeby zwiększenia poprawności i wydajności w obszarze wielopoziomowego raportowania z systemów informatycznych PISF”, adres strony postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/442909> 2. Zamawiający: Gmina Kielce, postępowanie pn. „Instalacja i wdrożenie Systemu wraz z zakupem licencji, składającego się z oprogramowania narzędziowego BI (Business Intelligence) oraz serwisu wymiany danych miejskich i badań naukowych”, adres strony postępowania <https://bipum.kielce.eu/urząd-miasta-kielce/zamowienia-publiczne/zamowienia-publiczne-udzielane-zgodnie-z-pzp/uslugi/postepowanie-w-trybie-podstawowym---instalacja-i-wdrozenie-systemu-wraz-z-zakupem-licencji-skladajacego-sie-z-oprogramowania-narzedziowego-business-intelligence-oraz-serwisu-wymiany-danych-miejskich-i-badan-naukowych.html> . Zamawiający: Urząd Komunikacji Elektronicznej, postępowanie pn. „ Dostarczenie licencji na oprogramowanie klasy Business Intelligence” adres strony postępowania: <https://zamowienia.gov.pl/mp-client/tenders/ocds-148610-af517823-4d10-11ec-8c2d-66c2f1230e9c> . Podkreślić należy również, że w przedmiotowym Postępowaniu w zostało złożonych pięć ofert, przy czym oferty konkurencyjne względem Konsultant IT Sp. z o.o. na ofertowaną wartość odpowiednio: MEDCORE PROJECT Sp. z o.o. - 1.340.700,00 ; Comarch Polska S.A. - 4.199.838,69 zł Net PC Sp. z o.o. - 1.922.342,40 zł COIG S.A. - 6.875.700,00 zł W tym dwie nie obiegają w znaczący sposób od oferty Konsultant IT Sp. z o.o. (1.931.100,00 zł). Podkreślenia wymaga również, że oferty Comarch Polska SA i COIG SA są złożone przez spółki giełdowe, które jak wyżej wskazano mają zupełnie inny rodzaj obciążeń i kosztów zarządzania aniżeli Wykonawca, co może uzasadniać istotną rozbieżność cenową. Nie bez znaczenia jest również fakt, że jako profesjonalista działający przez wiele lat na rynku posiada bogate doświadczenie w realizacji zamówień objętych przedmiotem niniejszego postępowania co bezpośrednio przekłada się na optymalizację kosztów. Przedłożona oferta nie jest więc obciążona ryzykiem niewykonania zamówienia. III. Kalkulacja kosztów Wykonawca wskazuje, że Zamawiający nie oczekiwał w ofercie podania szczegółowego rozbiecia ceny na poszczególne

elementy oferowane w ramach realizacji obszaru zamówienia a wskazał tylko obszary funkcjonalne, które należy wycenić ryczałtowo. Dodatkowo całość oferowanej przez Wykonawcę ceny, zgodnie z zapisami SWZ, jest ceną ryczałtową. Wykonawca kalkulując cenę oferty uwzględnił całościowy koszt wykonania zdefiniowanego przez Zamawiającego zakresu prac będących przedmiotem zamówienia, w tym elementy takie jak (...) co zostało szczegółowo opisane w załączniku do niniejszego pisma. Wykonawca zatem przygotował ofertę z należytą starannością, cena oferty jak i wszystkie jej ceny składowe zostały wyliczone w sposób poprawny i zawierają wszystkie elementy wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Odnosząc się do elementów wskazanych wprost w wezwaniu, w załączniku do niniejszego pisma przedstawiamy szczegółową kalkulację ceny (...). W tym zakresie, podstawą dla określenia ceny z perspektywy wykonawcy są szacunki dotyczące czasochłonności realizacji poszczególnych prac oraz stawka godzinowa. Nie bez znaczenia jest również fakt, że Zamawiający w dokumentacji postępowania jasno sprecyzował zakres świadczenia opieki serwisowej i gwarancyjnej jaki należy wkalkulować w cenę realizacji przedmiotu zamówienia co Wykonawca skrupulatnie wliczył w koszty oferty.

1. Duży wpływ na rzetelność kalkulacji ma również fakt, że pracownicy wyceniający zadanie oraz w przyszłości przewidziani do jego realizacji są pracownikami z długoletnim stażem w branży jak i wieloletnimi pracownikami Wykonawcy. Pracownicy ci faktycznie nabyli doświadczenie pracując dla Wykonawcy i nadal wykorzystują je w codziennej pracy. (...)

2. Odnosząc się do stawki godzinowej wskazanej w załączniku, należy podkreślić, że jest to stawka nieodbiegająca od rynkowych stawek w zakresie prac o charakterze wykonania usług informatycznych/analizy czy programistycznych. (...). Wpływ na ustalenie stawki godzinowej w przeważającej mierze ma ustalone wynagrodzenie osób realizujących przedmiot umowy a wynagrodzenie tych osób nie jest niższe od minimalnego wynagrodzenia a pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177). Jednocześnie Wykonawca, uwzględniając w wycenie stawki godzinowej wszelkie obciążenia i jest w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty zapewniając sobie zakładany zysk, a także zabezpieczyć koszty pracownicze oraz ewentualne ryzyka związane z innymi nieprzewidywanymi kosztami powstałymi w toku realizacji umowy, jak chociażby wzrost stawki wynagrodzenia pracownika. Wysokość ww. stawek została ustalona zgodnie z aktualnie stosowanymi stawkami wynagrodzeń dla kadry Wykonawcy. Dodatkowym potwierdzeniem, że są to stawki rynkowe są powszechnie dostępne raporty płacowe, w tym między innymi, ale nie wyłącznie, takie jak: – Raport Płacowy 2023 Poznań i Wielkopolska przygotowany przez Devire (Załącznik 2 do wyjaśnień) – IT PERM Raport Płacowy 2023 (analiza wynagrodzeń płac specjalistów w dziedzinie IT i telekomunikacji zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę) przygotowany przez HAYS Poland sp. z o. o. (Załącznik 3 do wyjaśnień) – IT CONTRACTING Raport Płacowy 2023 (analiza wynagrodzeń płac specjalistów w dziedzinie IT i telekomunikacji zatrudnionych w oparciu o B2B) (Załącznik 4 do wyjaśnień) Warto również zaznaczyć, że wyliczając koszty pracownicze, Wykonawca uwzględnił także pozapłacowe koszty pracy takie jak koszty urlopów, zwolnień chorobowych, tzw. prezenteizmu, koszty wyposażenia stanowiska pracy, koszty szkoleń dla kadry oraz koszty ewentualnych delegacji. Przyjęty więc w wyliczeniach koszt jednostkowy (1rbh) na poziomie: (...) netto za 1rbh dla Kierownika Projektu, (...) netto za 1rbh dla: Architekta Systemu, Analityka BI, Programisty, (...) netto za 1rbh konsultanta/wdrożeniowca i (...) netto za 1rbh dla szkoleniowca (trenera) są stawkami w pełni rynkowe i realnymi. (...) celem wykazania realności przyjętej stawki wynagrodzenia. Zaznaczamy, że wynagrodzenie żadnego z pracowników nie jest niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207).

3. (...) świadczenie usług wdrożeniowych Produktu (...) 4. Dane dotyczące nakładu czasowego niezbędnego do realizacji poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia oszacowane zostały z uwzględnieniem własnej wiedzy i znacznego doświadczenia Wykonawcy. To znaczne doświadczenie pozwala Wykonawcy na precyzyjne ustalenie niezbędnych nakładów. (...) Powyższe związane jest z faktem, że Konsultant IT Sp. z o.o. już od wielu lat działa na rynku oprogramowania medycznego, a swoje oprogramowanie nieprzerwanie rozwija od wielu lat, oferując go wielu różnym zamawiającym, zarówno publicznym jak i prywatnym placówkom medycznym (Wykonawca w międzyczasie wdrożyło swój Produkt klasy BI w co najmniej kilkunastu jednostkach). Wykonawca realizował zbieżne z przedmiotem zamówienia projekty m.in. dla: 1) Departamentu Zdrowia Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego w Gdańsku (Zamówienie pn. „Wdrożenie systemu typu Business Intelligence (BI) dostarczającego informację wspierające procesy zarządzania podmiotami leczniczymi, także wspierającego proces podejmowania decyzji z zakresu kreowania polityki zdrowotnej regionu z poziomu Organu Właścicielskiego). 2) Regionalnego Szpitala Specjalistycznego im. dr Władysława Biegańskiego, w Grudziądzu (Zamówienie pn. „Świadczenie opieki serwisowej systemu informatycznego SIMPLE ERP oraz dostawa systemu BI”) 3) Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego Im. Dr Romana Ostrzyckiego W Koninie (Zamówienie pn. „Dostawa licencji bezterminowych oraz usług instalacyjno-wdrożeniowych w zakresie modułów narzędzia analitycznego BI) To właśnie spowodowało, że Produkt ten już istnieje, a różnorodność potrzeb różnych Zamawiających zaskutkowało znacznym rozbudowaniem jego funkcjonalności. W konsekwencji w każdym kolejnym postępowaniu zakres dokonywanej kustomizacji jest mniejszy. W niniejszej sprawie

zakres niezbędnej kustomizacji nie jest znaczny (choć oczywiście istnieje). (...) 6. Koszt świadczenia usług serwisu gwarancyjnego Wykonawca oszacował dla całego oferowanego Produktu BI. (...) Ponadto produkt ten oferowany również innym podmiotom podlega bezustannemu rozwojowi i to na potrzeby różnych klientów. (...) Ponadto aktualnie Konsultant IT Sp. z o.o. ma zawarte kilkanaście umów serwisowych dotyczących swojego Produktu, który jest praktycznie tożsamy do oferowanego w niniejszym postępowaniu. Powyższe oznacza, że koszty świadczenia usług gwarancyjnych i utrzymania oraz po części rozwojowych, rozkładają się na wiele umów, co pozwala (...) 7. Infrastruktura niezbędna do uruchomienia oferowanego przez Wykonawcę Produktu została zaoferowana na podstawie wycen pozyskanych od kilku dostawców, którzy w tym zakresie otrzymali zapytania ofertowe. Praktyka taka stosowana jest przez Wykonawcę w każdym przypadku, celem faktycznego oszacowania wartości rynkowej infrastruktury niezbędnej do realizacji projektu. Oferty dostawców w zakresie infrastruktury stanowią załączniki 6-8. Oferty te są ofertami rynkowymi, według ustaleń Wykonawcy, (...) względnie posiadanego statusu partnerskiego. 8. Kolejnym elementem kosztotwórczym dostarczanego Produktu są licencje. Przede wszystkim zauważenia wymaga to, że co do zasady żadne przepisy prawa nie narzucają producentom oprogramowania sposobów kształtowania swej polityki cenowej odnośnie licencjonowania swych produktów. Praktyka wskazuje, że stosowane są różne metody kształtowania opłat licencyjnych, w zależności od wielu różnych elementów. (...) 9. W stawce cenach jednostkowych poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia ujęte są także pozostałe czynniki cenotwórcze. Zgodnie z przyjętymi przez wykonawcę metodami kalkulacji cen, pozycje obejmujące m. in. koszty administracyjne, rezerwę na ryzyko oraz zysk. Co za tym idzie, analizując dalsze wyjaśnienia należy uwzględnić, że obejmują one: – koszty administracyjne, w tym w szczególności koszt obsługi kadrowo – płacowej osób realizujących przedmiot umowy oraz zarządu Wykonawcy oraz najmu powierzchni biurowej ((...)%), – rezerwę ((...)%), która w razie niezmaterializowania się ryzyka staje się dodatkowym zyskiem wykonawcy, – marżę ((...)%). Dane dotyczące nakładu czasowego niezbędnego do realizacji poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia oszacowane zostały z uwzględnieniem własnej wiedzy i znacznego doświadczenia Wykonawcy, a także z założeniem, że w części są one pokrywane również z innych projektów prowadzonych przez Wykonawcę. To znaczne doświadczenie pozwala Wykonawcy na precyzyjne ustalenie niezbędnych nakładów. Co istotne, jeżeli realizacja usług przebiegnie w normalny, standardowy sposób (w praktyce tak się właśnie dzieje), to owa rezerwa powiększać będzie marżę wykonawcy. Tworzenie tego rodzaju rezerw świadczy o dość konserwatywnym i bezpiecznym podejściu do wyceny. III. Podsumowanie Podsumowując powyższe argumenty stwierdzić należy, że możliwość zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia, w cenie określonej w ofercie wynika przede wszystkim z tego, iż Wykonawca jest profesjonalnym przedsiębiorcą posiadającym bardzo duże doświadczenie w świadczeniu usług analogicznych do usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia, wykonującym te usługi z zastosowaniem oryginalnych rozwiązań, przy jednoczesnym efektywnym wykorzystaniu posiadanego potencjału. Doświadczenie posiadane przez Wykonawcę powoduje, że ma on pełną świadomość, jakie elementy składają się na koszty wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia i jakie konkretne koszty (wynikające z (...)) będzie musiał ponieść w celu należytego wykonania zamówienia. Innymi słowy, Wykonawca – dokonując obliczenia ceny, za którą gotowy jest wykonać zamówienie – uwzględnił przede wszystkim założony przez siebie sposób realizacji przedmiotu zamówienia i koszty związane z tym konkretnym sposobem. Przede wszystkim dla wyceny kluczowym elementem było to, że wykonawca ma już gotowy w znacznej części Produkt, które jest przedmiotem jego oferty (a tym samym jego kustomizacja nie będzie kosztochłonna), a dotychczasowy koszt jego wytworzenia już się zwrócił, a nadto Produkt ten będzie przynosić dalsze zyski z kolejnych jego sprzedaży. Wszystkie wskazane powyżej obiektywne okoliczności uzasadniają zaoferowanie przez Wykonawcę ceny za realizację przedmiotu niniejszego zamówienia na poziomie znacznie niższym niż wartość Zamówienia przyjęta przez Zamawiającego. W konsekwencji ceny zaoferowanej przez Wykonawcę nie można w żadnym razie uznać za cenę rażąco niską w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych. Reasumując, cena realizacji zamówienia podana w ofercie Wykonawcy jest ceną realną i rynkową i nie stanowi ceny rażąco niskiej, co potwierdzają niniejsze wyjaśnienia a w szczególności załączone do niniejszego pisma dowody. Wykonawca dokonał obliczenia ceny ofertowej zamówienia w taki sposób, żeby minimalizując koszty wykonania zamówienia jednocześnie móc osiągnąć zamierzony zysk. Jednocześnie oświadczamy, że w razie gdyby Zamawiający uznał za konieczne otrzymanie dodatkowych informacji Wykonawca wyraża gotowość do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Mając zatem na uwadze zarówno harmonogram realizacji zamówienia, jak i jego zakres kalkulacja przekazana w załączniku jest w pełni realna. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że nie korzysta z pomocy publicznej w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. IV. Załączniki do wyjaśnień: 1. Kalkulacja – TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA, 2. Raport Płacowy 2023 Poznań i Wielkopolski przygotowany przez Devire 3. Raport Płacowy IT PERM Raport Płacowy 2023 (analiza wynagrodzeń płac specjalistów w dziedzinie IT i telekomunikacji zatrudnionych w oparciu o umowę o pracę) przygotowany przez HAYS Poland sp. z o. o. 4. Raport Płacowy IT CONTRACTING Raport Płacowy 2023 (analiza wynagrodzeń płac specjalistów w dziedzinie IT telekomunikacji zatrudnionych w oparciu o B2B) 5. Oświadczenie (...) 6. Oferta dostawcy (...) 7. Oferta dostawcy (...) 8. Oferta wygenerowana z systemu (...).”

Izba wskazuje przy tym, że treść pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. została podana powyżej w brzmieniu, w którym część jego treści w chwili zamknięcia rozprawy w niniejszej sprawie Wykonawca „zastrzegł” „jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11, ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”; te części (fragmenty) pisma oznaczono jako „(..)”. Wynikało to z konieczności wzięcia pod uwagę, że na wyrok Izby przysługuje skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie, która powinna móc być skutecznym środkiem ochrony prawnej; nie byłoby to spełnione, gdyby te części pisma zostały ujawnione w uzasadnieniu wyroku Izby, co miałyby charakter nieodwracalny.

Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na 16 czerwca 2023 r. pismo o treści „(..) Ponadto Zamawiający wzywa Państwa do szczegółowego wskazania zakresu usług jakie wykonywać ma Nexus Polska sp. z o.o. w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia oraz sposobu wykonywania tych czynności przez ten podmiot ze szczególnym uwzględnieniem treści art. 118 ust 2 ustawy Pzp., który wskazuje, iż w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy, mogą oni polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Szczególne wątpliwości Zamawiającego wzbudza w tym zakresie wskazany w Państwa oświadczeniu dotyczącym podwykonawstwa 1 % udział podwykonawcy w realizacji przedmiotowego zamówienia, co w ocenie Zamawiającego dalece nie odpowiada zakresowi i znaczeniu zadań objętych przedmiotowym zamówieniem, odpowiadającym wskazanemu na wstępie przedmiotowego pisma warunkowi udziału w postępowaniu.”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 22 czerwca 2023 r. pismo o treści „(..) Dalej, wobec powziętych przez Zamawiającego wątpliwości Wykonawca wyjaśnia, że spółka Nexus Polska Sp. z o.o. będzie realizować jako podwykonawca Konsultant IT Sp. z o.o. prace związane z zakresem wskazanym w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów tj. doradztwo i wsparcie specjalisty, pomoc merytoryczną oraz realne uczestnictwo w realizacji przedmiotu i wykonywanie prac w zakresie czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w ramach umowy podwykonawczej pomiędzy Wykonawcą i Nexus Polska Sp. z o.o. Wykonawca Konsultant IT Sp. z o.o. w ramach złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) szczegółowo wykazał, który zakres prac zamierza powierzyć podwykonawcy Nexus Polska Sp. z o.o.. Wskazany w ofercie Wykonawcy udział % Podwykonawcy jest szacunkowy i zakłada udział Podwykonawcy Nexus Polska Sp. z o.o. w pracach co najmniej w zakresie: – usług instalacji i konfiguracji systemu BI; – przygotowania dokumentacji; – opracowaniu harmonogramu realizacji (Planu wdrożenia); – wykonania projektu technicznego; – utrzymania dostarczonych elementów Produktu i aktualizacja komponentów Produktu i wsparcia technicznego na etapie utrzymania. Zakres powierzonych prac Podwykonawcy może ulec zwiększeniu w zależności od przebiegu prac projektu. Interpretacja Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotycząca powoływania się wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego jednoznacznie wskazuje na obowiązek wykonawcy, w takim przypadku, rzeczywistego wykazania dysponowania potencjałem, na który się powołuje przy realizacji zamówienia. Udowodnieniu podlega okoliczność, że zasoby podmiotu trzeciego będą faktycznie dostępne przez cały czas realizacji zamówienia, co w przedmiotowej sprawie wykazał Wykonawca jak i podmiot udostępniający zasoby. Realizacja przedmiotu zamówienia którym jest „budowa modułu (...)” ma charakter projektowy zatem dopiero na początku realizacji niniejszego zamówienia Wykonawca przedstawi Zamawiającemu propozycję Planu Wdrożenia (w tym format pliku wraz z opisem rodzaju pól), która to będzie podlegała akceptacji przez Zamawiającego, zatem to Zamawiający dopiero po podpisaniu umowy a przed faktycznym rozpoczęciem realizacji zamówienia wyrazi ostateczne stanowisko co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę (w tym podwykonawcę) i tym samym zostanie dookreślony sposób realizacji przedmiotu zamówienia w tym faktyczna ilość prac (godzin usług), która poza zakładanymi na moment złożenia oferty kalkulował Wykonawca wraz z Podwykonawcą, rzeczywiście będzie niezbędna do realizacji zadań przypadających na Podwykonawcę. Podwykonawca natomiast na obecnym etapie złożył oświadczenie o udostępnieniu potencjału oraz o zobowiązaniu do rzeczywistego wykonania prac związanych z udostępnianym potencjałem. Wykonawca zwraca również uwagę, że jest on producentem zaoferowanego rozwiązania, zatem zakres czynności, w których będzie uczestniczył Podwykonawca ograniczony będzie do stworzenia mechanizmów, wykorzystania doświadczenia oraz implementacja wcześniej wykorzystywanych przez Podwykonawcę rozwiązań w realizację przedmiotowego Postępowania zarówno w okresie wdrożenia jak i utrzymania dostarczanego przez Wykonawcę systemu. Wykonawca składając ofertę spełnił obowiązki wynikające art. 118 ust. 4 ustawy Pzp określając minimalną treść zobowiązania podmiotu trzeciego. Załączone do oferty Wykonawcy zobowiązanie podmiotu trzeciego potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: – zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; – sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; – czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty

budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. Mając na uwadze powyższe, Wykonawca potwierdza realne uczestnictwo podmiotu udostępniającego zasoby (Podwykonawcy Nexus Polska Sp. z o.o.) w realizacji przedmiotu zamówienia.”.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2023 r. przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu o treści „Zgodnie z art. 253 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej: ustawa Pzp, informuję, że Zarząd Województwa Kujawsko-Pomorskiego podjął uchwałę w sprawie rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa modułu BI do analizy danych w ramach Regionalnego Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej i na podstawie art. 239 ustawy Pzp dokonał wyboru oferty Wykonawcy: KONSULTANT IT SP. Z O.O. z siedzibą w Poznaniu przy ul Krzywaj 21, z ceną ofertową 1.931.100,00 zł i łączną ilością 97 pkt. Uzasadnienie: W ramach wszczętego uchwałę Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa modułu BI do analizy danych w ramach Regionalnego Repozytorium Elektronicznej Dokumentacji Medycznej, w dniu 17 kwietnia 2023 r. dokonano otwarcia ofert. W przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert, wpłynęły następujące oferty:

Nr	Nazwy (firmy) i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty w terminie	Cena ofertowa brutto/Ilość punktów	Fakultatywne Wymagania Funkcjonalne	Standard świadczonych usług	Łączna ilość punktów
1	KONSULTANT IT SP. Z O.O. UL. KRZYWA 21, 60-118 POZNAŃ NIP: 778 13 88065	1.931.100,00 zł/ 57 pkt	Globalne Przeszukiwanie: 5 pkt Kokpity: 5 pkt Kokpity porównawcze: 5 pkt Analiza Map: 5 pkt Za jętość łóżek: 5 pkt łącznie pkt: 25 pkt	ISO 27001: 3 pkt ISO 27017: 3 pkt ISO 22301: 3 pkt TIER III dok: 3 pkt TIER III infr: 3 pkt ANSI-TIA RATED: 0 pkt łącznie pkt: 15 pkt	97 pkt
2	MEDCORE PROJECT Sp. z o.o. ul. Wróbla 8 02-736 Warszawa NIP: 967 136 87 43	1.340.700,00 zł	Oferta odrzucona	Oferta odrzucona	Oferta nie podlega ocenie
3	Comarch Polska S.A. Al. Jana Pawła II 39a 31-864 Kraków NIP: 675-13-87-586	4.199.838,69 zł/ 26,21 pkt	Globalne Przeszukiwanie: 5 pkt Kokpity: 5 pkt Kokpity porównawcze: 5 pkt Analiza Map: 5 pkt Za jętość łóżek: 5 pkt łącznie pkt: 25 pkt	ISO 27001: 3 pkt ISO 27017: 3 pkt ISO 22301: 3 pkt TIER III dok: 3 pkt TIER III infr: 3 pkt ANSI-TIA RATED: 0 pkt łącznie pkt: 15 pkt	66,21 pkt
4	Net PC Sp. z o.o. ul. Gradowa 11 80-802 Gdańsk NIP: 583 308 9127	1.922.342,40 zł	Oferta odrzucona	Oferta odrzucona	Oferta nie podlega ocenie
5	COIGS.A. ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice NIP: 634-013-42-05	6.875.700,00 zł/ 16,01 pkt	Globalne Przeszukiwanie: 5 pkt Kokpity: 5 pkt Kokpity porównawcze: 5 pkt Analiza Map: 5 pkt Zajętość łóżek: 5 pkt łącznie pkt: 25 pkt	ISO 27001: 3 pkt ISO 27017: 3 pkt ISO 22301: 3 pkt TIER III dok: 3 pkt TIER III infr: 3 pkt ANSI-TIA RATED: 0 pkt łącznie pkt: 15 pkt	56,01 pkt

Zamawiający dokonuje wyboru oferty Wykonawcy KONSULTANT IT SP. Z O.O. z siedzibą w Poznaniu przy ul. Krzywaj 21, z ceną ofertową 1.931.100,00 zł i łączną ilością 97 pkt. Powyższy Wykonawca spełnił warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, nie podlega wykluczeniu oraz jego oferta nie podlega odrzuceniu.(...)”.

W dniu 25 lipca 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo Przystępującego datowane na 11 maja 2023 r. w brzmieniu jak podano powyżej, a w dniu 1 sierpnia 2023 r. załączniki nr nr 2, 3 i 4 do pisma pismo Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz złożonych przez Zamawiającego na posiedzeniu w dniu 1 sierpnia 2023 r., a w zakresie przekazania Odwołującemu załączników nr nr 2, 3 i 4 do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. – na twierdzeniach Zamawiającego, które Odwołujący potwierdził, wobec czego okoliczności te należało uznać za przyznane.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 1 sierpnia 2023 r. Izba

uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Brak było podstaw do przyjęcia, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 2) Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) nie powinien być rozpoznawany ze względu na to, iż Zamawiający przekazał Odwołującemu po dniu wniesienia odwołania w niniejszej sprawie pismo Przystępującego datowane na 11 maja 2023 r. w brzmieniu jak podano powyżej oraz załączniki nr nr 2, 3 i 4 do tego pisma.

Niewątpliwie jest, że udostępnienie powyższymi czynnościami tych dokumentów nie spowodowało, że Zamawiający w pełni zaspokoił żądanie Odwołującego co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania - który wnosił o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia mu „utajnionej części” pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. wraz z załącznikami – czyli wszystkich informacji, które nie zostały udostępnione. Zamawiający nie udostępnił zaś Odwołującemu całej „utajnionej części” przedmiotowego pisma ani wszystkich załączników do niego (wszystkich informacji zawartych w tych dokumentach), a zatem nie sposób przyjąć, że w zakresie ww. zarzutu dalsze postępowanie stało się zbędne.

Na przyjęcie, że przekazanie Odwołującemu po dniu wniesienia odwołania w niniejszej sprawie pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. w brzmieniu jak podano powyżej oraz załączników nr nr 2, 3 i 4 do tego pisma powoduje, że ww. zarzut nie powinien być rozpoznawany nie pozwala także konieczność zapewnienia Odwołującemu prawa do skutecznego środka odwoławczego, wynikająca z art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Prawo to nie byłoby zapewnione, gdyby w przypadku wniesienia przez wykonawcę odwołania na zaniechanie udostępnienia informacji, co do których inny wykonawca zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, udostępnienie jakiegokolwiek części tych informacji po wniesieniu odwołania miałoby skutkować nierozpoznawaniem bądź oddaleniem odwołania na zaniechanie udostępnienia informacji, co do których inny wykonawca zastrzegł, że nie mogą być udostępniane - również w zakresie tych informacji, które nie zostały udostępnione wykonawcy po wniesieniu odwołania. W takiej sytuacji, w przypadku gdy udostępnienie jakiegokolwiek części informacji co do których inny wykonawca zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, nastąpiło po upływie terminu na wniesienie przez wykonawcę odwołania na zaniechanie udostępnienia informacji, wykonawca ten nie mógłby skutecznie ponownie wnieść odwołania na zaniechanie udostępnienia informacji, które nie zostały mu udostępnione po wniesieniu wcześniejszego odwołania.

Konieczność ta, mając na uwadze, że w świetle art. 555 Pzp, zgodnie z którym „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie może skutecznie zmienić zarzutu, powołując nowe okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w zakresie ww. zarzutu, adekwatne do zakresu informacji, które nie zostały udostępnione przez Zamawiającego, w ocenie Izby powoduje, że zarzut ten w kształcie, w jakim jest on zawarty w odwołaniu, należy uznać za zarzut dotyczący tych części przedmiotowego pisma i załączników do niego (informacji zawartych w tych dokumentach), które do chwili zamknięcia rozprawy nie zostały Odwołującemu udostępnione, odnosząc wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania w zakresie ww. zarzutu do tych informacji.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 2) Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk był uzasadniony.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp „postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”, a stosownie do art. 18 ust. 3 Pzp „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5”. Art. 11 ust. 2 uznk stanowi, że „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 świetle art. 18 ust. 1 i 3 Pzp, a także art. 18 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym „zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie” nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jest, że związane z tym postępowaniem informacje są jawne i podlegają udostępnieniu, od której to wyjątkiem jest nieudostępnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. Przepis ten jako przepis ustanawiający wyjątek od zasady musi być więc interpretowany i stosowany ściśle. Należy więc stwierdzić, że w sytuacji, gdy wykonawca zwraca się do zamawiającego o udostępnienie informacji związanych z postępowaniem o udzielenie

zamówienia publicznego, przepis ten uprawnia (i zobowiązuje) zamawiającego do nieudostępnienia wykonawcy wyłącznie informacji, w zakresie której spełnione są łącznie następujące przesłanki:

- 1) informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk,
- 2) wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że nie może być ona udostępniana,
- 3) wykonawca wraz z przekazaniem informacji wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Wymaga przy tym podkreślenia, że w przepisie tym mowa jest o informacji, a nie o dokumencie (w szczególności o dokumencie zawierającym informację), wobec czego uprawnia on do nieudostępnienia określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tą informację.

Niewątpliwie jest, że Przystępujący „zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa” w całości treść swojego pisma datowanego na 11 maja 2023 r. wraz z załącznikami i aczkolwiek na skutek przekazania Odwołującemu po dniu wniesienia odwołania w niniejszej sprawie pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. w brzmieniu jak podano powyżej oraz załączników nr nr 2, 3 i 4 do tego pisma, rzeczony zastrzeżenie nie może być uznane za odnoszące się w dalszym ciągu do całości treści ww. pisma i załączników, dalej odnosi się ono do załączników nr nr 1, 5, 6, 7 i 8 do ww. pisma.

Podzielając w odniesieniu do załączników nr nr 1, 5, 6, 7 i 8 do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. stanowisko Odwołującego dotyczące ww. pisma w tym stanie rzeczy należy wskazać, że nawet w przypadku, gdy w każdym poszczególnym z tych załączników zawarte są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca wraz z przekazaniem tych informacji zastrzegł, że nie może być one udostępnione, oraz wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, Zamawiający uprawniony (i zobowiązany) był do nieudostępnienia Odwołującemu wyłącznie tych informacji, a nie tego załącznika, w którym informacja się znajduje. Powyższe nie dotyczy oczywiście przypadku, gdy załącznik zawiera wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zważywszy jednak, że ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wskazywali, aby przypadek taki wystąpił w przypadku choćby jednego z ww. załączników, brak jest podstaw do uznania, że którykolwiek z ww. załączników zawiera wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu wszystkie informacje zawarte w załącznikach nr nr 1, 5, 6, 7 i 8 do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. w zakresie których nie zostały łącznie spełnione określone w art. 18 ust. 3 Pzp przesłanki do nieudostępnienia informacji - informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca wraz z przekazaniem tej informacji zastrzegł, że nie może być one udostępniona, oraz wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk.

W sytuacji, gdy z art. 18 ust. 1 – 3 Pzp wynika, że zamawiający uprawniony (i zobowiązany) jest do nieudostępnienia wykonawcy wyłącznie informacji, w zakresie której spełnione są łącznie określone w art. 18 ust. 3 Pzp przesłanki do nieudostępnienia informacji, stwierdzić należy, że Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu także wszystkie informacje zawarte w piśmie Przystępującego datowanym na 11 maja 2023 r. w zakresie których nie zostały łącznie spełnione przesłanki do nieudostępnienia informacji określone w tym przepisie – czyli każda informacja: a) która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, b) wraz z przekazaniem której Przystępujący nie zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, c) wraz z przekazaniem której Przystępujący nie wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk.

Wymaga podkreślenia, że w świetle treści art. 18 ust. 3 Pzp zamawiający nie jest uprawniony do nieudostępnienia informacji, która może stanowić czy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (takich jak wskazane w powołanych w odpowiedzi na odwołanie i piśmie Przystępującego z 31 lipca 2023 r. wyrokach Izby w sprawach o sygn. KIO 649/23 czy KIO 448/23 informacje o sposobie kalkulacji ceny ofertowej czy budowania strategii cenowej), jeżeli wraz z przekazaniem tej informacji wykonawca nie zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, oraz nie wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk.

Okoliczność, że informacje, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu, „dotyczące sposobu kalkulacji ceny” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, jak podniesiono w odpowiedzi na odwołanie, nie jest zatem wystarczająca dla uznania, że informacje te nie podlegały udostępnieniu.

Zważywszy, że jako informację „dotyczącą sposobu kalkulacji ceny” można zakwalifikować każdą informację, która w najmniejszym choćby stopniu dotyczy sposobu kalkulacji ceny należy wskazać, że nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk informacja „dotycząca sposobu kalkulacji ceny”, która jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo jest łatwo dostępna dla takich osób (na przykład informacja, co jest przedmiotem zamówienia w Postępowaniu czy jakie świadczenia mają być wykonane w celu wykonania zamówienia) czy co do której uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią nie podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania jej w poufności, w szczególności ją ujawnił w trakcie

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bądź postępowania odwoławczego (na przykład informacja o nazwie podmiotu, którego oferta została załączona do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r.).

Nie sposób zatem uznać za informacje „dotyczące sposobu kalkulacji ceny” wszystkich informacji, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu - informacji znajdującej się w części I pkt 4 zdanie drugie, części III Kalkulacja kosztów pkt 8 zdania trzecie i czwarte czy części IV pkt 4 pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r.

W świetle treści odwołania Izba uznała za okoliczność niekwestionowaną przez Odwołującego, a tym samym niesporną pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że wraz z przekazaniem ww. pisma wraz z załącznikami Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być udostępniane wszystkie informacje zawarte w tych dokumentach. Wynikająca z art. 18 ust. 3 Pzp przesłankę uprawniającą do nieudostępnienia informacji – zastrzeżenie przez wykonawcę wraz z przekazaniem informacji, że nie może być ona udostępniana - należało zatem uznać za spełnioną w odniesieniu do zawartych w treści pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. oraz załącznikach nr nr 1, 5, 6, 7 i 8 do tego pisma informacji, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu.

Kwestią sporną było natomiast to, czy Przystępujący wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk.

Wymaga wskazania, że z art. 18 ust. 3 Pzp wynika, że w zakresie każdej informacji co do której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. W odniesieniu do każdej informacji, której dotyczy takie zastrzeżenie, zamawiający zobowiązany jest zaś do dokonania oceny, czy wykonawca wykazał spełnienie przesłanek uprawniających do nieudostępnienia tej informacji, przy czym, uwzględniając zasadę jawności postępowania, powinna ona mieć charakter wnikliwy i staranny (vide uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2021 r., wydanego w postępowaniu sygn. KIO 2044/21), której prawidłowość podlega ocenie Izby.

Mając na uwadze treść art. 11 ust. 2 uznk, w odniesieniu do każdej informacji, w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, zobowiązany jest on wykazać wszystkie wynikające z tego przepisu przesłanki to uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że:

- 1) jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności,

a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą” także na czym polega wartość gospodarcza tej informacji.

Dla uznania, iż wykonawca wykazał w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienie ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie złożenia dowodów potwierdzających, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniach wyroków z dnia 25 stycznia 2022 r., wydanego w postępowaniu sygn. KIO 80/22 czy z dnia 9 lipca 2021 r. wydanego w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1611/21).

W świetle zawartych w treści pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. twierdzeń w zakresie wartości gospodarczej informacji w zakresie których zastrzegł on, że nie mogą być udostępnione, oraz zawartej w art. 11 ust. 2 uznk definicji tajemnicy przedsiębiorstwa należy przyjąć, że wszystkie informacje objęte rzeczonym zastrzeżeniem stanowią „inne informacje posiadające wartość gospodarczą”. Na marginesie trzeba przy tym zauważyć, że w ww. piśmie Przystępujący nie określił tego jednoznacznie.

Wobec powyższego ocenie Izby podlegało, czy Zamawiający prawidłowo ocenił, że Przystępujący wraz z przekazaniem ww. pisma wraz z załącznikami wykazał, że w zakresie każdej z zawartych w tych dokumentach informacji, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu:

- 1) informacja ta jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 2) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności,
- 3) na czym polega wartość gospodarcza tej informacji.

Uznania oceny Zamawiającego w przedmiotowym zakresie za nieprawidłową nie uzasadnia to, że Odwołujący „nie przedstawia żadnych dowodów na to, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane”. Pomimo iż twierdzenie to jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, nie może ono być uznane za trafny argument. Nie ulega wątpliwości, że wykazanie, iż dana informacja nie jest powszechnie znana, stanowiłoby wykazanie, że określona okoliczność nie wystąpiła (co czasem jest nazywane „faktem negatywnym”);. Oczywiście jest zaś, że z natury rzeczy powszechna nieznanostwo danej informacji osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz to, że nie jest łatwo dostępna dla takich osób nie może być wykazana w sposób, w jaki wykazuje się „fakty negatywne” - poprzez udowodnienie okoliczności, które zaprzeczają możliwości, aby dana informacja była powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz była łatwo dostępna dla takich osób, ani poprzez udowodnienie okoliczności, z wystąpienia których można wnioskować, że dana informacja nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ani łatwo dostępna dla takich osób.

W konsekwencji dla wykazania, że zawarte w treści pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. oraz załącznikach do tego pisma informacje, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, Izba uznała za wystarczające zawarte w tym piśmie stwierdzenie, iż „zastrzeżone informacje jako całość ani w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.”.

Izba nie miała tym samym podstaw do uznania, że Przystępujący wraz z przekazaniem rzeczonych informacji nie wykazał, iż jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Nietrafne było więc twierdzenie Odwołującego, że „Wykonawca Konsultant IT nie wykazał również, iż zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób”.

Podzielić należało stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący wraz z przekazaniem rzeczonych informacji nie wykazał, że podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Aczkolwiek w piśmie datowanym na 11 maja 2023 r. Przystępujący wskazał, że w celu „zapewnienia utrzymania poufnego charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa” podejmuje „środki o charakterze kontraktowym (np. stosowanie klauzul o poufności w umowach zawieranych z kontrahentami, a także ustalenie zasad zachowania poufności informacji w umowach zawieranych z personelem, organizacyjnym (dostęp do informacji poufnych mogą uzyskać tylko osoby, którym są one niezbędnie potrzebne do wykonywania obowiązków służbowych, przy czym dostęp do informacji dotyczących danego postępowania otrzymują wyłącznie osoby dedykowane do jego obsługi i realizacji) oraz technicznym (ochrona wyspecjalizowanej agencji, systemy antywłamaniowe, zabezpieczenia informatyczne, w tym unikalne loginy, uwierzytelnianie pracowników za pomocą bezpiecznego hasła, zapory sieciowe, oprogramowanie antywirusowe)”, to – co trafnie podniesiono w odwołaniu - nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego stosowanie ww. środków.

Przedstawione na rozprawie stanowisko Zamawiającego, iż takie wyjaśnienie jak w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartym w ww. piśmie, w którym Przystępujący „wskazał stosowane środki” jest „wystarczające”, nie może być uznane za trafne w świetle art. 18 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 2 uznk. Z przepisów tych wynika wymóg wykazania podjęcia działań w celu utrzymania w poufności informacji w zakresie których wykonawca zastrzegł, że nie mogą być udostępnione, wobec czego - podzielając wyrażane wielokrotnie w wyrokach Izby stanowisko, że wymóg wykazania jest zbliżony do wymogu udowodnienia - nie sposób za wykazanie uznać wyłącznie przedstawienia twierdzeń dotyczących podjętych działań w tym celu. Nie oznacza to, że wykonawca musi przedstawiać Zamawiającemu dowody podjęcia wszystkich tych działań, zdaniem Izby powinien natomiast przedstawić te dowody podjęcia działań w celu zachowania poufności danych informacji, które wykonawca posiada w formie pisemnej lub elektronicznej; oczywiście jest przy tym, że wykonawca może nie posiadać w takiej formie np. dowodu „unikalności loginów”. W świetle treści pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. takimi dowodami byłyby co najmniej dowody potwierdzające „stosowanie klauzul o poufności w umowach zawieranych z kontrahentami, a także ustalenie zasad zachowania poufności informacji w umowach zawieranych z personelem” – czyli umowy zawierane z kontrahentami i umowy zawierane z personelem bądź wyciągi z tych umów. Takich dokumentów Przystępujący zaś nie przedstawił wraz z przekazaniem informacji zawartych w treści ww. pisma oraz załączników do tego pisma, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu.

Biorąc pod uwagę treść art. 18 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 2 uznk już samo niewykazanie, że Przystępujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania każdej z tych informacji w poufności, oznacza, iż nie można żadnej z nich uznać za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, a w konsekwencji, iż Przystępujący wykazał, że każda z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp. Dokonaną

przez Zamawiającego ocenę, że Przystępujący wykazał spełnienie przesłanek uprawniających do nieudostępnienia tych informacji, należało więc ocenić jako nieprawidłową.

Zdaniem Izby nie ma racji Odwołujący podnosząc, iż „wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Wykonawcę Konsultant IT winny ulec odtajnieniu” ze względu na nieprzedstawienie „dowodów, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą”.

Aczkolwiek nie ulega wątpliwości, że Przystępujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, że informacje zawarte w piśmie Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. oraz załącznikach do tego pisma, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu, mają wartość gospodarczą, należy zauważyć, że wartość gospodarcza informacji, w zakresie której wykonawca zastrzega, że nie może być ujawniana, może być wartością hipotetyczną. W takiej sytuacji nie sposób wymagać, aby wykonawca przedstawił jakikolwiek dowód posiadania przez taką informację wartości gospodarczej. Jak zaś wynika z treści ww. pisma, taką właśnie wartość miałyby mieć informacje, w zakresie których wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one ujawniane.

Trafnie natomiast podniesiono w odwołaniu, że Przystępujący zobowiązany był do „wykazania wartości gospodarczej każdej zastrzeżonej informacji”, czemu „nie sprostał”.

W świetle treści pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. nie może ulegać wątpliwości, że zawarte w nim twierdzenia w zakresie wartości gospodarczej informacji, w zakresie których zastrzegł on, że nie mogą być ujawniane, mają charakter ogólny, odnosząc się „łącznie” do tych informacji, a nie do poszczególnych z tych informacji.

Z treści ww. pisma wynika, że wykazując posiadanie wartości gospodarczej przez te informacje, Przystępujący przedstawił trzy twierdzenia – iż „opiera się” ona „na utrzymaniu stan niepewności innych podmiotów co do możliwych posunięć Wykonawcy na konkurencyjnym rynku”, ujawnienie tych informacji miałoby „istotny negatywny wpływ” na sytuację Odwołującego oraz że „przejawia się” ona w „zdolności do utrzymania źródła przychodów w przyszłości”.

Należy zauważyć, że nie sposób tych twierdzeń w ogóle odnosić na przykład do informacji znajdujących się na stronie 3. w akapicie rozpoczynającym się od wyrazu „Dokonując” zdanie ostatnie in principio czy części III Kalkulacja kosztów pkt 2 zdanie przedostatnie pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r., przy czym z tego pisma nie wynika nawet, które z ww. twierdzeń dotyczą tych informacji, a tym bardziej nie wskazano w nim okoliczności świadczących o posiadaniu wartości gospodarczej przez te konkretnie informacje. W takiej sytuacji nie sposób przyjąć, że Przystępujący zadośćuczynił obowiązkowi wykazania posiadania wartości gospodarczej przez każdą z informacji, w zakresie której zastrzegł on, że nie może być ona ujawniana.

W ramach twierdzeń dotyczących „utrzymania stanu niepewności innych podmiotów co do możliwych posunięć Wykonawcy na konkurencyjnym rynku” Przystępujący wskazał, że w jego interesie jest „nieujawnianie ani swojej polityki cenowej, ani podejścia do kalkulacji oferty w indywidualnym przypadku”. Nie może jednak ulegać wątpliwości, że nie zostało przy tym określone, które z informacji, w zakresie których Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być ujawniane, stanowią informacje o „polityce cenowej” czy „podejściu do kalkulacji oferty w indywidualnym przypadku”. Mając ponadto na uwadze, że za takowe w żaden sposób nie uznać na przykład informacji o nazwie podmiotu, którego oferta została załączona do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r., brak jest podstaw aby uznać, że w zakresie którejkolwiek z informacji zawartych w tym piśmie oraz załącznikach do niego, których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu, twierdzenie to uzasadnia przyjęcie, iż posiadają one wartość gospodarczą.

Aczkolwiek nie sposób wykluczyć, że ujawnienie informacji na temat założeń przyjmowanych przy kalkulacji oferty może mieć negatywny wpływ na sytuację wykonawcy, nie jest to wystarczające dla stwierdzenia, że określona informacja ma wartość gospodarczą. W ww. piśmie Przystępujący nie wskazał zaś również, które z zawartych w nim informacji są informacjami „na temat założeń przyjmowanych przy kalkulacji oferty” ani okoliczności świadczących o tym, jaki „istotny negatywny wpływ” na jego sytuację miałoby ujawnienie konkretnej z tych informacji.

Podzielić przy tym należy stanowisko Odwołującego, że „ujawnienie (...) przywołanej marży czy sposobu jej szacowania w indywidualnym przypadku) nie przekłada się bezpośrednio na utratę przewagi konkurencyjnej” Przystępującego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiście przy tym jest, że ujawnienie po otwarciu ofert w Postępowaniu informacji o wysokości marży przyjętej przez Przystępującego do kalkulacji ceny oferty w Postępowaniu nie będzie miało wpływu na jego sytuację w Postępowaniu, a w piśmie Przystępującego datowanym na 11 maja 2023 r. nie wskazano okoliczności uzasadniających przyjęcie, że ujawnienie tej informacji będzie miało na jego sytuację w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystępujący w ww. piśmie nie wskazał ponadto, która z zawartych w nim lub załącznikach do niego informacji stanowi informację o „sposobie szacowania marży uzyskiwanej przez Wykonawcę w tym projekcie” ani okoliczności uzasadniających przyjęcie, że ujawnienie tej informacji będzie miało „istotny negatywny wpływ” na jego sytuację,

w szczególności w Postępowaniu bądź w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie sposób także uznać, że wartość gospodarcza którejkolwiek z informacji zawartych w piśmie Przystępującego datowanym na 11 maja 2023 r. oraz załącznikach do niego, w zakresie których Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być ujawniane, a których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu, „przejawia się” w „zdolności do utrzymania źródła przychodów w przyszłości”. Z treści ww. pisma wynika, że rzeczona zdolność mają „dane dotyczące polityki cenowej i marży”, których ujawnienie miałyby spowodować „utrata nawet kilku procent zamówień pozyskiwanych” „na podstawie umów zawieranych w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych”. Przystępujący określił przy tym jednak, które z ww. informacji są „danymi dotyczącymi polityki cenowej” czy „danymi dotyczącymi marży”. Ponownie wskazując, że za takowe w żaden sposób nie uznać na przykład informacji o nazwie podmiotu, którego oferta została załączona do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r., twierdzenie to w zakresie żadnej z ww. informacji nie uzasadnia przyjęcia, iż posiada one wartość gospodarczą.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że wartość gospodarcza każdej z informacji zawartych w ww. piśmie oraz załącznikach do niego, w zakresie których Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być ujawniane, a których Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu, nie została wykazana.

W konsekwencji Izba oceniła jako nieprawidłową dokonaną przez Zamawiającego ocenę, że Przystępujący wykazał, że wszystkie informacje zawarte w piśmie Przystępującego datowanym na 11 maja 2023 r. oraz załącznikach do tego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem że spełnione zostały wszystkie wynikające z art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uzkn przesłanki uprawniające do nieudostępnienia tych informacji.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp (jak i wynikającym z art. 16 pkt 2) Pzp obowiązkiem prowadzenia Postępowania w sposób przejrzysty) Zamawiający zobowiązany był zatem udostępnić Odwołującemu wszystkie informacje zawarte w ww. piśmie wraz z załącznikami do niego, a zaniechując dokonania tej czynności naruszył te przepisy.

Zważywszy, że dopiero udostępnienie rzeczonych informacji umożliwi Odwołującemu powzięcie wiedzy, czy istnieją przesłanki do kwestionowania prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w szczególności z uwagi na zawarcie w wybranej ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z oraz udostępnienie Odwołującemu w całości pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r. wraz z załącznikami do tego pisma.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 6 Pzp „poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsultant IT, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę”, który jak wskazano w odwołaniu, został „zgłoszony jako ewentualny – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawcy Konsultant IT wraz z ewentualnymi załącznikami”, a o którego „nierozpatrywanie” wniósł Odwołujący tego zarzutu w przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 2) Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uzkn nie był rozpoznawany przez Izbę.

Izba miała w tym zakresie na względzie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości zawarte w motywach 97 - 108 wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., wydanego w sprawie o sygn. C-54/21, który został wydany na skutek złożonego przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczącego między innymi art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, których treść w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy była identyczna jak przepisów art. 18 ust. 1 i 3 Pzp, wobec czego stanowisko Trybunału Sprawiedliwości można w pełni odnosić do tych przepisów. W świetle tego stanowiska należy przyjąć, że w przypadku, gdy Izba, rozpoznając odwołanie wniesione na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy ze względu na to, że zawiera ono rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i na zaniechanie udostępnienia informacji zawartych w złożonych przez tego innego wykonawcę wyjaśnieniach, w tym złożonych dowodach, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, uzna, że zamawiający zaniechał udostępnienia tych informacji z naruszeniem przepisów Pzp, zapewnienie prawa do skutecznego środka odwoławczego wymaga, aby wykonawca po udostępnieniu tych informacji mógł ponownie wnieść odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy ze względu na to, że zawiera ono rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, wobec uwzględnienia odwołania w zakresie, w jakim zostało ono wniesione na zaniechanie udostępnienia informacji zawartych w piśmie Przystępującego datowanym na 11 maja 2023 r. oraz załącznikach do tego pisma, stanowiących wyjaśnienia Przystępującego, w tym złożone dowody, w zakresie wyliczenia ceny, rozpoznawanie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na to, że zawiera ono rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia należało uznać za zbędne.

Zarzut naruszenia art. 118 ust. 2 Pzp w związku z art. 119 Pzp w związku z art. 122 Pzp był uzasadniony.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp, „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Art. 119 Pzp stanowi, iż „zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy”. Stosownie zaś do art. 122 Pzp, „jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Biorąc pod uwagę ww. przepisy oraz art. 118 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych”, w odniesieniu do okoliczności Postępowania nie może ulegać wątpliwości, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu udostępniającego zasoby, jeśli podmiot ten wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W konsekwencji należy uznać, że jeżeli brak jest podstaw do przyjęcia, że podmiot udostępniający zasoby, na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych wykonawca polega w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, skutkiem czego zamawiający zobowiązany jest żądać, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że zdolności techniczne lub zawodowe zdobyte przez Nexus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Nexus”) „podczas realizacji projektu informatycznego pn. „Dostawa i uruchomienie sprzętu teleinformatycznego oraz modernizacja systemów HIS i ERP wraz z udostępnieniem e-usług na potrzeby projektu „Lubuskie e- Zdrowie” dofinansowanego z Unii Europejskiej w ramach środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Lubuskie 2020, Oś 2. Rozwój Cyfrowy, Działanie 2.1 Rozwój społeczeństwa informacyjnego, Nr postępowania: DA.III.2721.1.5.2020, na rzecz Zamawiającego: Województwo Lubuskie, Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze, ul. Podgórna 7, 65-057 Zielona Góra”, na których Przystępujący polegał w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonym w dziale V pkt 1 ppkt 1.4.1 SWZ, obejmowały udział w projekcie informatycznym w zakresie projektowania, budowy oraz wdrożenia systemu klasy BI dokonującego analiz i tworzącego zindywidualizowane raporty charakteryzującym się zintegrowaniem co najmniej 3 systemów informatycznych za pomocą dedykowanego interfejsu, a tym samym odpowiadały swym zakresem ww. warunkowi.

Kwestią sporną było natomiast, czy w ramach wykonywania umowy, która ma być zawarta po przeprowadzeniu Postępowania, Nexus wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku, gdy wykonawca polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonanie przez ten podmiot robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane, o których mowa w art. 118 ust. 2 Pzp, stanowi wykonanie części zamówienia powierzone przez wykonawcę, a tym samym podmiot ten jest podwykonawcą w rozumieniu art. 461 ust. 1 i następnych Pzp.

Zgodnie z art. 462 ust. 2 Pzp, „zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani”. Biorąc pod uwagę zarówno treść tego przepisu, jak i treść art. 118 ust. 1 – 4 Pzp należy przyjąć, że w przypadku, gdy zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, a wykonawca ten polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonując to żądanie wykonawca zobowiązany jest wskazać części zamówienia, których wykonanie zamierza on powierzyć temu podmiotowi, a które są robotami budowlanymi lub usługami, do wykonania których zdolności te są wymagane. Zważywszy ponadto, iż przedmiotowe

wskazanie następuje w ofercie, w ocenie Izby ma ono kluczowe znaczenie dla oceny, czy podmiot udostępniający zasoby będąc podwykonawcą wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zamawiający w Postępowaniu skorzystał z uprawnień wynikających z tego przepisu, żądając wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, w oświadczeniu sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, w tym „wartość lub procentową część zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcom”, a Przystępujący w wykonaniu przedmiotowego żądania złożył takie oświadczenie. W świetle jego treści należy stwierdzić, że wskazano w nim, iż zamierza on powierzyć wykonanie części zamówienia Nexus, częścią zamówienia, której wykonanie Przystępujący zamierza powierzyć Nexus, jest „udostępnienie zasobów poprzez oddanie do dyspozycji wykonawcy posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia) zdobytej podczas realizacji projektu informatycznego w zakresie projektowania, budowy oraz wdrożenia systemu klasy BI dokonującego analiz i tworzącego zindywidualizowane raporty charakteryzującym się zintegrowaniem co najmniej 3 systemów informatycznych za pomocą dedykowanego interfejsu”, a procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona Nexus, wynosi 1%.

Jednocześnie ze złożeniem ww. oświadczenia Przystępujący, zgodnie z art. 118 ust. 3 Pzp złożył zobowiązanie, o którym mowa w tym przepisie, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ, w którym Nexus jako „sposób/zakres wykorzystania ww. zasobów (np. konsultacje, podwykonawstwo, doradztwo, przy czym jeśli przedmiotem udostępnienia są zasoby dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, niniejsze zobowiązanie musi wykazywać, że podmiot udostępniający ww. zasoby wykona roboty budowlane lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane)” wskazał „doradztwo i wsparcie specjalisty, pomoc merytoryczną oraz realne uczestnictwo w realizacji przedmiotu i wykonywanie prac w zakresie czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia”. Sformułowanie to, biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 118 ust. 4 Pzp „zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą” w ocenie Izby w rozumieniu tego przepisu należy uznać zarówno za określenie sposobu udostępniania i wykorzystania udostępnianych przez Nexus zasobów, jak i określenie, w jakim zakresie Nexus zrealizuje usługi, których dotyczą zdolności, na których polega Przystępujący.

Nie może ulegać wątpliwości, że „realne uczestnictwo w realizacji przedmiotu i wykonywanie prac w zakresie czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia” nie jest sformułowaniem, na podstawie którego można określić zakres usług, które będą realizowane przez Nexus (a tym samym zakresu wykorzystania przez Przystępującego zasobów udostępnionych mu przez Nexus).

W konsekwencji treść ww. zobowiązania nie pozwala na określenie, że Nexus będzie wykonywał usługi, do realizacji których wymagane są zdolności przez niego udostępniane.

Uwzględniając ponadto, że oczywiste jest, iż „udostępnienie zasobów poprzez oddanie do dyspozycji wykonawcy posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia) zdobytej podczas realizacji projektu informatycznego w zakresie projektowania, budowy oraz wdrożenia systemu klasy BI dokonującego analiz i tworzącego zindywidualizowane raporty charakteryzującym się zintegrowaniem co najmniej 3 systemów informatycznych za pomocą dedykowanego interfejsu”, o którym mowa w ww. oświadczeniu, stanowi określenie sposobu udostępnienia zasobów, a nie określenie części zamówienia, których wykonanie Przystępujący zamierza powierzyć Nexus, w świetle treści dokumentów, którymi dysponował Zamawiający w chwili otwarcia ofert, można zatem wyłącznie uznać, że jako część zamówienia, której wykonanie Przystępujący zamierza powierzyć Nexus, wskazano „doradztwo i wsparcie specjalisty” oraz „pomoc merytoryczna”.

W sytuacji, gdy po terminie otwarcia ofert Przystępujący składał dokumenty dotyczące udziału Nexus w wykonaniu zamówienia, ocena, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że nie zdolności techniczne lub zawodowe Nexus potwierdzają spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu, powinna obejmować również te dokumenty. Bez znaczenia jest przy tym cel, w jakim były one składane – tj. czy w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, czy w celu wyjaśnienia ceny oferty, gdyż dokumenty składane przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być spójne bez względu na cel, w jakim są składane.

Pierwszym z tych dokumentów jest załącznik nr 1 do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r., zawierającego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny – kalkulacja – w której, jak wskazał Przystępujący w trakcie rozprawy, są określone prace Nexus.

Mając na uwadze, że przedmiotowa kalkulacja jest dokumentem, w zakresie którego Przystępujący zastrzegł,

że nie może być ujawniany, a którego Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu przed wniesieniem odwołania ani po jego wniesieniu, można jedynie wskazać, że z jej treści nie wynika, aby zakres prac Nexus miał obejmować inne prace niż wskazane w złożonym przez Przystępującego zobowiązaniu, o którym mowa w art. 118 ust. 3 Pzp – „doradztwo i wsparcie specjalisty” oraz „pomoc merytoryczna”.

Jak wynika z oświadczenia złożonego przez Przystępującą w trakcie rozprawy, prace te stanowią ten 1% udział w realizacji zamówienia, który Przystępująca wskazała w ww. oświadczeniu złożonym przez Przystępującego w wykonaniu żądania wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

W tym stanie rzeczy można uznać, że treść wyżej wymienionych oświadczenia, zobowiązania i kalkulacji nie jest sprzeczna.

Drugim dokumentem jest pismo Przystępującego datowane na 22 czerwca 2023 r., stanowiące odpowiedź na skierowane do niego wezwanie „do szczegółowego wskazania zakresu usług jakie wykonywać ma Nexus Polska sp. z o.o. w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia oraz sposobu wykonywania tych czynności przez ten podmiot”.

W ocenie Izby ww. pismo nie może stanowić podstawy do wiarygodnego określenia, czy Nexus będzie wykonywał usługi, do realizacji których wymagane są zdolności przez niego udostępniane. Jego treść nie jest spójna i pozostaje w sprzeczności z treścią w złożonych przez Przystępującego oświadczenia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, zobowiązania Nexus sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ i kalkulacji stanowiącej załącznik nr 1 do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r., zawierającego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny.

W piśmie tym Przystępująca w pierwszej kolejności powołuje się na ww. zobowiązanie, stwierdzając, że „spółka Nexus Polska Sp. z o.o. będzie realizować jako podwykonawca Konsultant IT Sp. z o.o. prace związane z zakresem wskazanym w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów tj. doradztwo i wsparcie specjalisty, pomoc merytoryczną oraz realne uczestnictwo w realizacji przedmiotu i wykonywanie prac w zakresie czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia”. Biorąc pod uwagę, do czego Zamawiający wzywał Przystępującego w ww. wezwaniu, użyte sformułowanie „realne uczestnictwo w realizacji przedmiotu i wykonywanie prac w zakresie czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia” również w tym przypadku nie jest sformułowaniem, na podstawie którego można określić zakres usług, które będą realizowane przez Nexus.

Zdaniem Izby, sformułowanie to w istocie stanowi oświadczenie, że Nexus będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia poprzez realne uczestniczenie w wykonywaniu zamówienia i wykonywanie prac w zakresie czynności z tym związanych. Co oczywiste, że takie oświadczenie niczego nie wyjaśnia w kwestii wskazania zakresu usług, jakie wykonywać ma Nexus.

Wobec powyższego można wyłącznie uznać, że w ww. piśmie jako usługi, które ma wykonywać Nexus, wskazano „doradztwo i wsparcie specjalisty” oraz „pomoc merytoryczną”.

Następnie Przystępująca powołuje się na złożone przez siebie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, po czym wskazuje, jaki jest „wskazany w ofercie” Przystępującego zakres prac, który zamierza on powierzyć Nexus, twierdząc, że jest on „szacunkowy i zakłada udział Podwykonawcy Nexus Polska Sp. z o.o. w pracach co najmniej w zakresie: – usług instalacji i konfiguracji systemu BI; – przygotowania dokumentacji; – opracowaniu harmonogramu realizacji (Planu wdrożenia); – wykonania projektu technicznego”.

Biorąc pod uwagę treść oferty, w szczególności ww. oświadczenia, należy stwierdzić, że w żaden sposób nie wynika z nich, aby Nexus miał „uczestniczyć w pracach” w ww. zakresie – zwłaszcza w ww. oświadczeniu nie ma w ogóle mowy o zakresie prac, w jakich ma brać udział Nexus (a jedynie o „udostępnieniu zasobów poprzez oddanie do dyspozycji wykonawcy posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia)”). Powyższe twierdzenie Przystępującego nie znajduje zatem potwierdzenia w treści jego oferty.

Z treści ww. kalkulacji nie wynika zaś, aby Nexus miał brać udział w „opracowaniu harmonogramu realizacji (Planu wdrożenia)” czy „przygotowaniu dokumentacji” (z wyjątkiem projektu technicznego).

W piśmie datowanym na 22 czerwca 2023 r. Przystępująca nie wskazuje przy tym, na czym ma polegać udział Nexus w pracach chociażby „w zakresie: – usług instalacji i konfiguracji systemu BI; – przygotowania dokumentacji; – opracowaniu harmonogramu realizacji (Planu wdrożenia); – wykonania projektu technicznego”.

Aczkolwiek zawarte jest w nim stwierdzenie, że „zakres czynności, w których będzie uczestniczył Podwykonawca ograniczony będzie do stworzenia mechanizmów, wykorzystania doświadczenia oraz implementacja wcześniej wykorzystywanych przez Podwykonawcę rozwiązań w realizację przedmiotowego Postępowania zarówno w okresie wdrożenia jak i utrzymania dostarczanego przez Wykonawcę systemu”, to Przystępująca nie tylko określa, w jaki konkretnie sposób Nexus będzie uczestniczył w przedmiotowych czynnościach, ale także w zakresie jakich prac te czynności będą wykonywane.

Wobec powyższego Izba uznała, że ocena, czy Nexus będzie wykonywał usługi, do realizacji których wymagane

są zdolności przez niego udostępniane, powinna zostać dokonana na podstawie treści niesprzecznych ze sobą: oświadczenia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, zobowiązania Nexus sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ i kalkulacji stanowiącej załącznik nr 1 do pisma Przystępującego datowanego na 11 maja 2023 r., zawierającego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny, a w konsekwencji, że Przystępujący wskazał „doradztwo i wsparcie specjalisty” i „pomoc merytoryczną” jako części zamówienia, których zamierza powierzyć Nexus, oraz że procentowy udział Nexus w wykonaniu zamówienia będzie wynosił 1 %.

Jak już wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w wydanych wyrokach, „wykonanie robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane” w rozumieniu art. 118 ust. 2 Pzp musi polegać na faktycznym wykonaniu przez podmiot udostępniający zasoby czynności „składających się” na roboty budowlane lub usługi, do których wykonania zobowiązany jest wykonawca na podstawie umowy o zamówienie publiczne; wykonywanie na rzecz wykonawcy czynności o charakterze doradztwa, konsultacji czy pomocy w zakresie czynności „składających się” na roboty budowlane lub usług, do których wykonania zobowiązany jest wykonawca na podstawie umowy o zamówienie publiczne nie stanowi zaś „wykonania robót budowlanych lub usług” w rozumieniu tego przepisu.

Nie może ulegać wątpliwości, że wskazane przez Przystępującego „doradztwo i wsparcie specjalisty” i „pomoc merytoryczną” nie są częściami zamówienia, lecz czynnościami, które mogą być wykonywane w celu wykonania różnych części zamówienia (świadczeń, do których spełnienia zobowiązany będzie wykonawca na podstawie umowy, która zostanie zawarta po przeprowadzeniu Postępowania). W świetle treści wyżej wymienionych oświadczenia, zobowiązania i kalkulacji brak jest zatem podstaw do uznania, że Nexus będzie wykonywał zamówienie w zakresie usług, do realizacji których wymagane są zdolności przez niego udostępniane. Dokumenty te nie potwierdzają więc, że zdolności techniczne lub zawodowe Nexus potwierdzają spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu określonego w dziale V pkt 1 ppkt 1.4.1 SWZ.

Na wniosek ten nie ma wpływu okoliczność, że Przystępujący wskazał, iż procentowa część zamówienia, jaka zostanie powierzona Nexus, wynosi 1%. Aczkolwiek ma rację Przystępujący, że przepisy Pzp nie określają minimalnej części zamówienia, jaką ma wykonać podmiot udostępniający zasoby, aby uznać, że udostępniane wykonawcy przez ten podmiot zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to w sytuacji, gdy ze złożonych przez Przystępującego dokumentów wynika, że powierzy Nexus wykonanie części zamówienia stanowiącej 1 % zamówienia, a nie ma podstaw do przyjęcia, ta część obejmować inne prace niż „doradztwo i wsparcie specjalisty” oraz „pomoc merytoryczną”, nawet gdyby uznać, że prace te stanowią „wykonanie usług” w rozumieniu art. 118 ust. 2 Pzp nie sposób w ocenie Izby dojść do wniosku, że wykonanie tych prac jest wykonaniem usług, do realizacji których wymagane były udostępnione przez Nexus zdolności techniczne i zawodowe dotyczące doświadczenia w faktycznym udziale w projekcie informatycznym w zakresie projektowania, budowy oraz wdrożenia systemu klasy BI.

W tym stanie rzeczy podzielić należy stanowisko Odwołującego, że „Zamawiający nie powinien być uznać, iż zasoby udostępniane Wykonawcy Konsultant IT przez Nexus Polska Sp. z o.o. pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę Konsultant IT spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia” określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4.1. SWZ. W takiej sytuacji art. 122 Pzp zobowiązywał Zamawiającego do żądania od Przystępującego, aby w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił Nexus innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zaniechanie dokonania takiej czynności naruszało ten przepis.

Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż jeżeli Przystępujący nie zastąpi Nexus innym podmiotem lub podmiotami ani nie wykaze, że samodzielnie spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.4.1. SWZ, nie będzie możliwe wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego w zakresie zarzutu naruszenia art. 118 ust. 2 Pzp w związku z art. 119 Pzp w związku z art. 122 Pzp odwołanie należało uwzględnić i nakazać Zamawiającemu z unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, oraz zażądanie od Przystępującego, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił Nexus innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 2. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1

pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis. § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis od odwołania w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Wobec oddalenia odwołania stosownie do § 7 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia Izba obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego równowartość kwoty wpisu.

Przewodniczący:.....