

Sygn. akt: KIO 499/23

Sygn. akt: KIO 558/23

**WYROK**  
z dnia 8 marca 2023 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych:

A. przez wykonawcę **ELZAM.ONLINE Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 139, 02-231 Warszawa**

B. przez **Avado Group Sp. z o.o., ul. Rozbrat 44A/117, 00-419 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., ul. Krakowiaków 36, 02-255 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 499/23 oraz KIO 558/23 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **ELZAM.ONLINE Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 139, 02-231 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o KIO 558/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża ELZAM.ONLINE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Avado Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ELZAM.ONLINE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Avado Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez ELZAM.ONLINE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 634 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Avado Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 499/23

Sygn. akt: KIO 558/23

**Uzasadnienie**

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Uruchomienie w UKNF Centralnego Repozytorium Dokumentów w postaci elektronicznej”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 listopada 2022 r. pod pozycją 2022/S 213-610120.

Sprawa o sygn. akt KIO 499/23:

W dniu 23 lutego 2023 r. wykonawca elzam.online Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący elzam”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. Zaniechania Zamawiającego polegające na powstrzymaniu się od odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej: „Fujitsu”), pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
2. Naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp oraz zasady niezmienności treści złożonej oferty wyrażonej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zezwolenie części wykonawcom na dokonywanie istotnych zmian w treści złożonych ofert w toku postępowania,
3. Zaniechania Zamawiającego w zastosowaniu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wobec rażąco niskiej ceny oferty wywołanej deficytową kalkulacją ceny opcji,
4. Zaniechania Zamawiającego udostępnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2023 r. (złożonych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp) złożonych przez Fujitsu, co stanowi naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp lub zaniechania udostępnienia pełnych wyjaśnień z dnia 13 stycznia 2023 r., co stanowi naruszenie art. 72 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący elzam wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Fujitsu i powtórzenie czynności oceny oferty z pominięciem oferty Fujitsu, zgodnie z dyspozycją art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp,
2. Nakazanie Zamawiającemu ujawnienia wyjaśnień wykonawcy Fujitsu dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 13 stycznia 2023 r., względnie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zależności od wyniku rozpoznania zarzutu nr 4, zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp,
3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Odwołujący elzam podniósł, że oferta Fujitsu jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ nie zawiera istotnych elementów niepodlegających uzupełnieniu, tj. nazwy i wersji systemu, który wykonawca chce zaoferować, a to uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny przedmiotowej oferty. Odwołujący elzam powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1101/18.

Odwołujący elzam wskazał, że dokumenty postępowania definiują szereg wymagań m.in. dotyczących zdolności integracji dostarczanego systemu z systemami obecnie działającymi u Zamawiającego (pkt 3.1 ppkt 1 i b, 3 i 4 SWZ), natomiast formularz ofertowy nie wymaga od wykonawców żadnych specyfikacji dotyczących systemu dostarczonego w ramach postępowania, a jedynie jego nazwy i wersji. Z powyższego Odwołujący elzam wywiódł, że nazwa i wersja miały posłużyć Zamawiającemu do identyfikacji potencjału oferowanego produktu, a w konsekwencji wykonawca w swojej ofercie nie określił *essentialia negotii* oferty-przedmiotu świadczenia. Odwołujący elzam przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2321/20.

Jak zauważył Odwołujący elzam, tryb udzielenia zamówienia nie zezwala na prowadzenie negocjacji z wykonawcami, a ustalenie przez Zamawiającego nazwy i wersji systemu lub składanie przez wykonawcę jakichkolwiek wyjaśnień w tym przedmiocie oznaczałoby prowadzenie negocjacji dotyczących przedmiotu oferty.

Odwołujący elzam stwierdził, że nazwa i wersja oprogramowania nie podlegała uzupełnieniu w toku postępowania, bowiem odstępianie od egzekwowania obowiązku złożenia wymaganego oświadczenia woli, pozwalającego na identyfikację oferowanego przedmiotu zamówienia, wobec jednego z wykonawców i uznanie, że brak wymaganych danych nie stanowi uchybienia wymaganiom SWZ nie oznacza niezgodności oferty z treścią SWZ, oznacza nierówne traktowanie wykonawców. Odwołujący elzam przywołał wyrok KIO z 19 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1101/18. Odwołujący elzam wskazał, że Zamawiający zezwalając innym wykonawcom na uzupełnienie nazwy i wersji oferowanego oprogramowania w toku postępowania, w rzeczywistości wydłużył im czas na doprecyzowanie oferty, traktując ich tym samym korzystniej niż wykonawców, którzy prawidłowo wypełnili formularze ofertowe. Zdaniem Odwołującego elzam, jedynym działaniem Zamawiającego dopuszczonym przez przepisy ustawy Pzp było odrzucenie wykonawcy Fujitsu.

Odwołujący elzam podniósł ponadto, że Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców oraz naruszył zasadę niezmienności treści ofert, co miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący elzam zwrócił uwagę, że w postępowaniu trzy złożone oferty nie wskazywały wersji oprogramowania, była to oferta Fujitsu, Astrafox Sp. z o.o. oraz NET PC Sp. z o.o. W dniu 4 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, co, zdaniem Odwołującego elzam, stanowiło działanie nieuprawnione, naruszające zasadę równego traktowania. Odwołujący elzam stwierdził, że przez przedmiotowe wezwanie Zamawiający wydłużył wybranym przez siebie trzem wykonawcom czas na doprecyzowanie treści oferty. Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący elzam, czas ten był na wniosek Fujitsu dodatkowo przedłużany. Wszyscy trzej wykonawcy w wyjaśnieniach dokonali nieuprawnionego, w ocenie Odwołującego elzam, uzupełnienia oferty przez wskazanie wersji

oferowanego systemu, jednak jedynie oferta Astrafox Sp. z o.o. została odrzucona ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, co stanowi,

w opinii Odwołującego elzam, kolejny jaskrawy przykład nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący elzam zaznaczył, że w przypadku oferty Astrafox Sp. z o.o. członkowie komisji nie mieli wątpliwości, że uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą zmienić treści oferty. Odwołujący elzam podkreślił, że możliwość doprowadzenia do zgodności oferty z warunkami zamówienia już w toku postępowania ogranicza się jedynie do omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący elzam podał, że w wyjaśnieniach wykonawcy Fujitsu wskazał, że w postępowaniu oferuje system przygotowany specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania, jednocześnie doprecyzowując nazwę i wersję systemu. W ocenie Odwołującego elzam, treść wyjaśnień wskazuje, że wykonawca Fujitsu „subiektywnie zamierzało zaoferować konkretny, istniejący system, lecz w wyniku błędu nazwa i wersja systemu nie została wprowadzona do formularza ofertowego, czego skutkiem w wyniku zadanego przez Zamawiającego pytania Fujitsu oświadczyło iż zamierza zaoferować system dedykowany (szyty na miarę) aby uniknąć odrzucenia jej oferty w przypadku wskazania brakującej w formularzu nazwy istniejącego oprogramowania i tym samym próby ratowania podlegającej odrzuceniu oferty.”

Jak zauważył Odwołujący elzam, zaoferowanie systemu szytego na miarę jest dopuszczalne przez postanowienia SWZ. Odwołujący elzam podał jednak w wątpliwość realną zdolność wykonawcy Fujitsu do wyprodukowania szytego na miarę systemu, zgodnego z wymaganiami zamówienia, jedynie w ciągu 40 dni roboczych (termin wynika z §2 ust. 2 pkt 2 projektu umowy). Zdaniem Odwołującego elzam, istnieje wysokie ryzyko, że rezultatem zawarcia umowy z wykonawcą Fujitsu będzie zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe, co odbędzie się ze szkodą dla Zamawiającego i interesów publicznych.

Argumentując zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący elzam zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 537 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Odwołujący elzam wskazał na konieczność wyjaśnienia w toku postępowania przez Zamawiającego lub Fujitsu ceny zaoferowanej przez Fujitsu za wykonanie Studium Wykonalności objętego prawem opcji.

Odwołujący elzam przywołał pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2014 r., sygn. KIO 1971/14, gdzie stwierdzono, że „Zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.”. Odwołujący elzam stwierdził, że już sama kwota zaoferowana przez wykonawcę Fujitsu budzi wątpliwość, bowiem cena za opcję zaoferowana przez Fujitsu była wielokrotnie niższa niż cena zaoferowana przez innych wykonawców w postępowaniu.

Jak stwierdził Odwołujący elzam, ww. część składowa ceny zawartej w ofercie wykonawcy Fujitsu wydaje się również rażąco niska w stosunku do wymagań Zamawiającego określonych w dokumentach postępowania. Odwołujący elzam zauważył, że w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Zamawiający zleci wykonawcy wykonanie Studium Wykonalności dla maksymalnie 15 systemów Zamawiającego. Odwołujący elzam zwrócił uwagę, że projekt Umowy nie wyklucza wielokrotnego skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, aż do otrzymania Studium Wykonalności dla maksymalnej liczby 15 systemów. Odwołujący elzam wskazał, że zgodnie z §3 pkt 53 projektu Umowy, wykonawca musi się liczyć z tym, że jednorazowe zamówienie może dotyczyć jednego lub większej liczby systemów. Odwołujący elzam zaznaczył, że systemy, o których na tym etapie mowa są nieznanymi i będą wymagały analizy. Zdaniem Odwołującego elzam, wykonawca nie może założyć, że prace da się powielić lub wykonywać opracowania równoległe, musi przyjąć jakąś pracochłonność i ją pomnożyć razy 15, aby uzyskać wymaganą wycenę.

Odwołujący elzam podał, że ze względu na wiadomości posiadane przez wykonawców na obecnym etapie zamówienia, należy przyjąć, że do opracowania studium wykonalności będą musieli zostać zaangażowani specjaliści o kompetencjach identycznych, jak specjaliści delegowani do świadczenia usług wynikających z §1 ust. 2 pkt 6 projektu umowy, a więc za świadczenie usług konsultacyjnych, modyfikacji i rozwoju CRD, bowiem:

a.W ramach tych usług Zamawiający przewidział identyczną procedurę odbioru, jak w przypadku Studium Wykonalności (§3 ust. 47 projektu umowy) oraz

b.W ramach usług konsultacyjnych mają być przeprowadzone prace modernizacyjne systemu, natomiast w ramach

Studium Wykonalności ma zostać opracowany projekt integracji, a więc również rozwoju systemu CRD.

Odwołujący elzam przedstawił porównanie wszystkich złożonych ofert uznając, że wykonawca Fujitsu założył 223,27 godzin na opcji (kwota opcji/oferowana stawka za świadczenie usług rozwoju CRD w zamówieniu podstawowym), co wskazuje na założenie 14,88 godzin na jedno opracowanie (1,86 dni jeżeli 8godzin=1dzień).

Jak zaznaczył Odwołujący elzam, procedura odbioru Studium Wykonalności wykonanego w ramach opcji jest analogiczna jak opisana w §3 ust. 2-4 projektu umowy oraz odpowiednio §3 ust. 19-23 projektu umowy (o ile, według jednostronnej decyzji Zamawiającego, zajdzie potrzeba zastosowania procedury przeprowadzenia testów bezpieczeństwa). Odwołujący elzam przypomniał, że zgodnie z §3 ust. 55 w zw. z §3 ust. 2-4 przygotowane przez wykonawcę Studium Wykonalności podlegać będzie opinii Zamawiającego, który dokona jego akceptacji lub zgłosi do niego uwagi w terminie 3 dni roboczych od dnia jego przedstawienia do odbioru przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązuje się uwzględnić uwagi Zamawiającego i przekazać ponownie Studium Wykonalności do akceptacji w terminie 5 dni roboczych od otrzymania uwag. Powyższa procedura może być powtórzona dwa razy. W przeciwnym razie Zamawiającemu będzie przysługiwać prawo odstąpienia od umowy, stosownie do postanowień §16 ust. 3 pkt 3 oraz ust. 4 umowy. W konsekwencji, jak zaznaczył Odwołujący, czas niezbędny na każde opracowanie to czas na wytworzenie wydłużony o 5 dni na dostosowanie do uwag. Do powyższego, jak zauważył Odwołujący elzam, należy doliczyć czas na wprowadzenie poprawek do przeprowadzonych przez Zamawiającego testów bezpieczeństwa i w ramach ewentualnych reaudytów (odpowiedni stosowanie §3 ust. 19-23 umowy).

Odwołujący elzam stwierdził, że z uwagi na powyższe, inni wykonawcy przewidzieli pomiędzy 10 a 23 dni robocze na jedno opracowanie, natomiast wykonawca Fujitsu na to samo zadanie przewidział niewiele ponad jeden dzień. Na podstawie powyższego Odwołujący elzam stwierdził, że w takich warunkach nie jest możliwe spełnienie wymagań Zamawiającego przewidzianych projektem umowy.

Odwołujący elzam podniósł, że ww. część składowa oferty, tj. cena za opcję, wykonawcy Fujitsu budzi daleko idące wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania, wobec czego Zamawiający był zobowiązany zbadać czy oferta Fujitsu nie zawiera rażąco niskiej ceny, bowiem deficyt na przychodzie ze Studium niekoniecznie znajdować może pokrycie w zysku z zamówienia podstawowego.

Uzasadniając zarzut naruszenia „art. 18 ust. 3 lub art. 72 ust. 4” ustawy Pzp Odwołujący elzam podał, że w dniu 1 lutego 2023 r. Odwołujący elzam zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie komunikacji m.in. pomiędzy wykonawcą Fujitsu a Zamawiającym. W dniu 16 lutego 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu elzam wezwanie z dnia 4 stycznia 2023 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia Fujitsu z 13 stycznia 2023 r. (2 strony) oznaczone notą Tajemnica przedsiębiorstwa. Ze stopki wyjaśnień z 13 stycznia 2023 r. Odwołujący elzam wynioskował, że całość wyjaśnień obejmuje 10 stron. Jednocześnie, na stronie 1 i 2 wyjaśnień nie znajduje się uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Na podstawie powyższych okoliczności Odwołujący elzam stwierdził:

1. Wykonawca Fujitsu nie przedstawił uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający zaniechał ujawnienia Odwołującemu stron 3-10 wyjaśnień

z 13 stycznia 2023 r., czym naruszył art. 18 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp albo

2. Wykonawca Fujitsu przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył art. 74 ust. 1 ustawy Pzp, jako że takie uzasadnienie nie podlega zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 23 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2314/18, wyrok KIO z 29 marca 2021 r., sygn. akt KIO 720/21).

Sprawa o sygn. akt KIO 558/23:

W dniu 27 lutego 2023 r. wykonawca Avado Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Avado”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na:

1. ocenie oferty Fujitsu niezgodnie z kryteriami oceny ofert,
2. zaniechaniu wezwania Odwołującego elzam do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w prawie opcji,
3. dokonaniu wyboru oferty Fujitsu jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty Fujitsu jako (i) niezgodnej z warunkami zamówienia oraz (ii) zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w prawie opcji,
5. zaniechaniu odrzucenia oferty Elzam jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w prawie opcji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

6. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez powstrzymanie się do odrzucenia oferty Fujitsu, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

7. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez powstrzymanie się do odrzucenia oferty (i) Fujitsu oraz (ii) Odwołującego elzam, pomimo że oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w prawie opcji,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Fujitsu jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Odwołujący Avado wskazał, że Zamawiający, po złożeniu ofert przez wykonawców, w dniu 4 stycznia 2023 r. wezwał trzech wykonawców (i) Fujitsu, (ii) Astrafox oraz (iii) Net PC do wskazania nazwy i wersji oferowanego systemu.

Zdaniem Odwołującego Avado, ww. wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach dokonali nieuprawnionego uzupełnienia oferty. Wykonawcy (i) Astrofox i (ii) PC NET wskazali nazwy i wersje oferowanego Systemu, zaś (iii) wykonawca Fujitsu nie wskazał nazwy i wersji systemu, lecz wyjaśnił, że oferuje system przygotowywany specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia wykonawców stanowią naruszenie postanowień art. 16 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ dopiero na wezwanie Zamawiającego wskazani oferenci skonkretyzowali oferowany przez siebie przedmiot zamówienia. Powyższe oznacza, jak zauważył Odwołujący Avado, że na dzień składania ofert, oferty wskazanych wykonawców nie zawierały informacji wymaganych przez Zamawiającego w formularzu ofertowym. Odwołujący Avado, zaznaczył, że treść ww. ofert była niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, Zamawiający nie miał możliwości dokonania jakiegokolwiek badania i oceny tych ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada SIWZ z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodność treści oferty z treścią SIWZ dotyczy przede wszystkim ustalenia czy treść złożonej oferty jest zgodna z treścią opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego treść specyfikacji. Treść oferty odpowiada treści SWZ, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w specyfikacji. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a *contrario* należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji (wyrok KIO/UZP 173/09). Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa (wyrok KIO/UZP 97/09).

Odwołujący Avado wskazał na wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r. sygn. akt KIO 620/16, w którym Izba, odniosła się do zagadnienia złożenia oferty bez podania nazwy producenta oferowanego przedmiotu zamówienia, jeżeli zamawiający żądał podania nazwy producenta w ofercie. Jak podał Odwołujący Avado, w przywołanym wyroku zamawiający określił w sposób jednoznaczny, prosty i przejrzysty elementy, jakie mają identyfikować ofertowane wyroby i żądał podania w formularzu oferty nazwy producenta oferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący miał zatem świadomość tego, że należało podać producenta oferowanego asortymentu. Z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że zamawiający odrzucił ofertę z powodu braku podania nazwy producenta. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Wymóg podania w formularzu asortymentowo - cenowym poza cenami również numeru katalogowego, producenta oraz nazwy nie stanowi wymagania wygórowanego.”.

Odwołujący Avado podniósł, że w okolicznościach sprawy nie może budzić wątpliwości, że wykonawcy są podmiotami profesjonalnymi, którzy mieli świadomość obowiązku wskazania w formularzu ofertowym nazwy i wersji oferowanego systemu. W obliczu powyższego, powinni dochować należytej staranności przy jego wypełnianiu, zaś brak należytej staranności i ich własne zaniedbania powinny prowadzić do odrzucenia ich ofert z uwagi na ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Jak zauważył Odwołujący Avado, niezgodności oferty Fujitsu z wymaganiami zamówienia nie zmienia fakt, że Fujitsu zamierza stworzyć na potrzeby niniejszego postępowania dedykowany system. Zdaniem Odwołującego Avado, nawet jeśli system Fujitsu jest faktycznie tworzony specjalnie na potrzeby Zamawiającego, to wykonawca Fujitsu

powinien wskazać jego nazwę i wersję, zgodnie z wymaganiami wskazanymi w formularzu ofertowym - brak wskazanych powyżej elementów oferty czyni ją niezgodną z warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego Avado, wskazanie nazwy i wersji systemu miało służyć ocenie dostarczanych systemów. Stworzenie systemu specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania, tj. w niezwykle krótkim terminie wynoszącym 40 dni, powoduje wiele wątpliwości co do jego poprawnego działania, powszechnie bowiem wiadomym jest, że nowe oprogramowanie zawiera wiele błędów, które są eliminowane w trakcie przeprowadzanych testów. W przekonaniu Odwołującego Avado, stworzenie tak zaawansowanego systemu w tak krótkim czasie wyłącza możliwość jego prawidłowego przetestowania.

W ocenie Odwołującego Avado, świadomość naruszenia postanowień ustawy Pzp ma również sam Zamawiający, który w motywach odrzucenia oferty Astrofox wskazał, że „Niezdgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia.”

Odwołujący Avado zauważył, że stanowisko Odwołującego potwierdza ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym „Niezdgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Jeżeli zatem zamawiający, jeszcze przed dokonaniem oceny na podstawie kryteriów oceny ofert, stwierdzi niezgodność oferty wykonawcy z treścią SIWZ, to ma obowiązek ofertę taką odrzucić, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp” (wyrok KIO sygn. akt 1929/19). Odwołujący Avado przywołał również wyrok KIO z 2 października 2022 r., w którym stwierdzono, że „z oferty Wykonawcy musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania Wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest zatem doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie.”

Odwołujący Avado stwierdził, że zarówno (i) uzupełnienie formularza ofertowego o nazwę i wersję oferowanego systemu, jak i (ii) brak wskazania nazwy i wersji oferowanego systemu stanowi bezsporną i obiektywną niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, w szczególności samym formularzem ofertowym, co powinno skutkować odrzuceniem ofert wskazanych powyżej wykonawców, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia ofert pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia Odwołujący Avado argumentował, że z uwagi na zakres zamówienia z prawem opcji, jego realizacja wymaga stworzenia interdyscyplinarnego zespołu informatyków o różnych kompetencjach, w szczególności (i) analityków biznesowo - systemowych (ii) developerów/back-endowych oraz (iii) osób zarządzających projektem. Odwołujący Avado zaznaczył, że Zamawiający wymaga, aby zamówienie z prawem opcji zostało zrealizowane w terminie nie dłuższym niż 5 miesięcy.

Odwołujący Avado stwierdził, że wykonanie zamówienia z prawem opcji po cenie zaoferowanej przez Fujitsu jest niemożliwe do zrealizowania dlatego, że oferta Fujitsu w wysokości 37 897,53 złotych brutto jest blisko 8 razy niższa aniżeli kwota, jaką na realizację tej części zamówienia zamierzał przeznaczyć Zamawiający (290 265,00 złotych brutto). Odwołujący Avado wskazał, że Zamawiający przygotowując postępowanie zmuszony był do zbadania rynku i na tej podstawie oszacował wartość zamówienia z prawem opcji. Odwołujący Avado wywiódł, że gdyby zamówienie z prawem opcji we wskazanym przez Zamawiającego zakresie było możliwe do wykonania za niższe wynagrodzenie, Zamawiający przeznaczyłby na jego wykonanie niższą kwotę - do tego zobowiązuje go szereg przepisów prawa w tym ustawa o dyscyplinie finansów publicznych.

Ponadto, Odwołujący Avado zgodził się z argumentacją Odwołującego elzam wskazaną w odwołaniu z dnia 23 lutego 2023 r., że czasochłonność zamówienia z prawem opcji jest zdecydowanie wyższa, niż wskazana przez Fujitsu i wynosi więcej niż 2000 godzin, a nie, jak wskazuje Fujitsu, około 220 roboczogodzin.

Odwołujący Avado stwierdził również, że wykonanie zamówienia z prawem opcji po cenie zaoferowanej przez

Fujitsu nie jest możliwe do wykonania także z uwagi na stawki wynagrodzeń panujące na rynku usług IT. Jest to, jak zauważył Odwołujący Avado, przesłanka obiektywna i niepodważalna. Z uwagi na brak aktualnych raportów z 2023 r. (te są z reguły publikowane w połowie roku) posłużył się raportami z 2022 r. Odwołujący zauważył, że powszechnie wiadomym jest, że ceny usług/wynagrodzeń w branży IT charakteryzuje trend wzrostowy wynoszący 15%-20% rok do roku.

Odwołujący Avado podał, że jak wynika z raportu opublikowanego przez firmę rekrutacyjną i outsourcingową Devire, stawka godzinowa dla pracowników branży IT, których zaangażowanie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia z prawem opcji w pierwszej połowie 2022 r. wynosiła:

- Analityk danych – Mid – 13.000-16.000 (umowa o pracę) i 70-100 (stawka godzinowa B2B),
- Analityk danych – tworzenie dokumentacji - Mid - 13.000-16.000 (umowa o pracę) i 70-100 (stawka godzinowa B2B),
- Mid Developer – 14.000-19.000 (umowa o pracę) i 110-150 (stawka godzinowa B2B),
- Senior Developer – 20.000-28.000 (umowa o pracę) i 150-180 (stawka godzinowa B2B),
- Project Developer – 11.000-16.000 (umowa o pracę) i 100-130 (stawka Godzinowa B2B).

W świetle powyższych okoliczności, zdaniem Odwołującego Avado, wykonanie przez Fujitsu zamówienia z prawem opcji przy (i) czasochłonności wynoszącej powyżej 2 000 roboczogodzin i (ii) kosztochłonności wynoszącej średnio 125,00 złotych brutto, jest świadczeniem niemożliwym do wykonania.

W ocenie Odwołującego Avado, również wykonanie zamówienia z prawem opcji przez Odwołującego elzam za kwotę 150.000,00 złotych brutto również jest świadczeniem niemożliwym do wykonania.

Odwołujący Avado zwrócił uwagę, że w swojej ofercie oraz odwołaniu z dnia 23 lutego 2023 r. Odwołujący elzam wyjaśnił, że za kwotę 150.000,00 złotych brutto wykona zamówienie z prawem opcji, którego czasochłonność wycenił na 2 728,26 roboczogodzin, co daje kwotę 54,98 złotych brutto na godzinę.

Zdaniem Odwołującego Avado, Odwołujący elzam w swoich wyliczeniach nie uwzględnił kilku faktów. Po pierwsze, stawka 54,98 złotych jest stawką brutto. Po pomniejszeniu tej stawki o należny podatek od towarów i usług (podatek VAT) daje to kwotę 44,70 złotych za jedną roboczogodzinę. W tej cenie Odwołujący elzam musi opłacić swoich pracowników, a także uwzględnić koszty pośrednie i godziwy zysk. Zakładając, że powyższa stawka jest kosztem brutto pracodawcy na umowie o pracę oznacza to, że pracownik z branży IT (minimum MID Developer) otrzyma wynagrodzenie wynoszące 32,01 złotych netto za godzinę pracy.

Odwołujący Avado stwierdził, że już same stawki roboczogodziny, w porównaniu z raportem Devire z 2022 r. wskazują, że za tą kwotę nie uda się znaleźć pracownika z branży IT, którego kwalifikacje i kompetencje pozwolą na wykonanie zamówienia. Ponadto, jak podniósł Odwołujący Avado, wskazane powyżej stawki nie uwzględniają kosztów pośrednich oraz uzasadnionego zysku. Odwołujący Avado zauważył przy tym, że w postępowaniach o zamówienia publiczne przyjmuje się wartość kosztów pośrednich na poziomie 20-60%, zaś uzasadniony zysk na poziomie 10-15%.

Jak podał Odwołujący Avado, uwzględniając koszty pośrednie i uzasadniony zysk w stawkach roboczogodzin, otrzymujemy kwoty bliskie 23,70 złotych netto na godzinę, co będzie odpowiadało najniższej dopuszczalnej stawce za roboczogodzinę. Odwołujący Avado zaznaczył, że takie stawki nie są możliwe do osiągnięcia na rynku usług IT. Fakt ten, w ocenie Odwołującego Avado, wprost wskazuje na rażące zaniżenie ofert przedstawionych przez

Odwołujący Avado podniósł, że Odwołujący elzam użył powyższych stawek także przy wycenie 2 000 godzin rozwojowych w ramach postępowania, co uwzględniając powyższą argumentację, rodzi kolejne wątpliwości na temat poprawności skalkulowania oferty Odwołującego elzam.

Jak wskazał Odwołujący Avado, mimo że kwoty ofert w zakresie zamówienia z prawem opcji zaoferowane przez (i) Fujitsu oraz (ii) Odwołującego elzam są rażąco zaniżone, Zamawiający nie wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, co stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Avado, oferty na zamówienie z prawem opcji złożone przez (i) Fujitsu oraz (ii) Odwołującego elzam zostały wycenione poniżej kosztów ich realizacji i z tego względu powinny być rozpatrywane jako czyn nieuczciwej konkurencji, który powinien skutkować odrzuceniem

ofert. Odwołujący Avado wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Zamawiający nie mogą tolerować ofert, które nie uwzględniają realnych kosztów wykonania zamówienia powiększonych o uzasadniony i realny zysk. Zdaniem KIO, wykluczone jest kalkulowanie zysków na bardzo niskim lub ujemnym poziomie, albo jego upatrywanie w źródłach zewnętrznych wobec realizacji danego zamówienia (sygn. akt KIO 1042/20).

Odwołujący Avado zwrócił ponadto uwagę na regułę odwróconego ciężaru dowodowego wynikającą z art. 537 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Avado wykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny jest możliwe w szczególności poprzez wykazanie

(i) kosztów pośrednich, (ii) umów o pracę / współpracę z osobami oddelegowanymi do świadczenia ww. usług. W opinii Odwołującego Avado, każde inne wykazanie nie będzie stanowiło udźwignięcia ciężaru dowodowego w powyższym zakresie.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

- wykonawca Fujitsu w sprawie o sygn. akt KIO 499/23 oraz KIO 558/23

- Odwołujący elzam w sprawie o sygn. akt KIO 558/23.

Zamawiający pismem z dnia 7 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obu odwołań w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołujących na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

Bezsporne jest w przedmiotowej sprawie, że wymogiem Zamawiającego było, aby w formularzu ofertowym wykonawcy wskazali nazwę i wersję oferowanego systemu. Zamawiający wymagał wypełnienia przez wykonawców oświadczenia o treści:

„Oferuję dostawę i wdrożenie u Zamawiającego Systemu ..... (należy podać nazwę Systemu, wersję)”.

Izba ustaliła, że wykonawca Fujitsu wypełnił ww. oświadczenie w następujący sposób:

„Oferuję dostawę i wdrożenie u Zamawiającego Systemu Centralnego Repozytorium Dokumentów w postaci elektronicznej (należy podać nazwę Systemu, wersję)”.

Pismem z dnia 4 stycznia 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Fujitsu do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Zamawiający wskazał, że „Zgodnie z zapisami Formularza ofertowego Wykonawca zobowiązany był do podania nazwy i wersji oferowanego Systemu. W złożonej przez Wykonawcę ofercie brak informacji w tym zakresie. W związku z powyższym Zamawiający prosi o podanie nazwy i wersji Systemu który Wykonawca oferuje Zamawiającemu w treści oferty.”.

Wykonawca Fujitsu w piśmie z dnia 13 stycznia 2023 r. wyjaśnił, że „w Formularzu ofertowym wskazane zostało, iż Fujitsu oferuje system pod nazwą Centralne Repozytorium Dokumentów, który to system jest systemem dedykowanym, stworzonym pod wymagania opisane w SWZ. W związku z tym jest to pierwsza wersja systemu. Fujitsu oferuje zatem system pod nazwą Centralne Repozytorium Dokumentów v 1.0.”.

Izba stwierdziła, że wykonawca Fujitsu wskazał w Formularzu ofertowym nazwę oferowanego systemu, tj. Systemu Centralnego Repozytorium Dokumentów – świadczy o tym już porównanie wzoru Formularza ofertowego z Formularzem złożonym przez wykonawcę Fujitsu. Okoliczność, że jest to nazwa użyta przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania pozostaje bez wpływu na rozpoznanie przedmiotowego zarzutu – Zamawiający nie zastrzegł tej nazwy, nie wymagał także, aby wykonawcy nie posługiwali się tą nazwą.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż zgodnie z deklaracją wykonawcy Fujitsu, przedmiotem oferty nie jest gotowy system, „z półki”, a system, który zostanie opracowany na potrzeby Zamawiającego. Z tego względu, zrozumiałe jest, że

tworząc jego nazwę wykonawca posłużył się nazwą nadaną przez Zamawiającego w dokumentach postępowania, a także, że system ten nie posiada jak dotąd wersji. W tych okolicznościach, nie wskazanie wersji oferowanego systemu w formularzu ofertowym nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Fujitsu.

Izba uznała, że odpowiedź wykonawcy Fujitsu z dnia 13 stycznia 2023 r. na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia tych informacji nie stanowiła modyfikacji treści oferty, a była jedynie efektem potrzeby zadośćuczynienia wymogom Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy przyjęcie, że doszło do niedozwolonej przepisami Pzp zmiany treści oferty byłoby zbytnim formalizmem, który stanowiłby naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 ustawy Pzp).

Podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu nie mogły stać się również twierdzenia Odwołujących o braku zdolności wykonawcy Fujitsu do wyprodukowania szytego na miarę systemu w ciągu 40 dni. Izba zważyła, że wykonawca ten zaoferował system, który zostanie stworzony na potrzeby Zamawiającego, do budowy którego zostaną użyte gotowe komponenty, co niewątpliwie skróciłoby czas budowy systemu. W tych okolicznościach dowodu na potwierdzenie zarzutu nie może stanowić złożona przez Odwołującego elzam opinia biegłego. Opinia ta, jako sporządzona na polecenie strony, ma charakter opinii prywatnej. Dodatkowo, została ona oparta na założeniu, że wykonawca wyprodukuje system w pełni szyty na miarę.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Fujitsu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia, która miałaby stać się podstawą do odrzucenia oferty, musi być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości. W przedmiotowej sprawie takie okoliczności nie zaistniały.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Jak wskazano powyżej, nazwa oferowanego przez Fujitsu systemu została w ofercie wskazana, zaś wersja, z uwagi na to, że nie jest oferowany system „z półki”, nie musiała być wskazana.

Izba nie stwierdziła także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez odrzucenie oferty wykonawcy Astrafox Sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty Fujitsu. Podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Astrafox Sp. z o.o. były odmienne (Zawiadomienie o wyborze), zatem nie mogą stanowić punktu odniesienia do oceny czynności Zamawiającego w zakresie oferty Fujitsu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Fujitsu z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w zakresie prawa opcji.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba miała na względzie treść wyjaśnień złożonych przez Fujitsu w dniu 13 stycznia 2023 r., w tym wskazane w nich stawki wynagrodzeń, skład zespołu przewidzianego do realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia, podział zadań pomiędzy poszczególnych specjalistów, a także zakładaną pracochłonność. Izba nie stwierdziła podstaw do podważenia złożonych przez Fujitsu wyliczeń. Szczegółowe odniesienie się przez Izbę do treści wyjaśnień nie jest możliwe, bowiem na obecnym etapie postępowania pozostają one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dokonując oceny zasadności przedmiotowego zarzutu Izba miała na względzie okoliczność, że na dzień składania ofert brak jest informacji czy przedmiot objęty prawem opcji będzie realizowany oraz w jakim zakresie. Możliwe jest, że zamawiający nie skorzysta z prawa opcji, może też z niego skorzystać wielokrotnie i może ono dotyczyć jednego lub większej liczby systemów (§1 ust. 7 projektu umowy). Brak jest zatem podstaw, aby uznać, że cena za realizację prawa opcji jest istotnym elementem składowym ceny całkowitej, która nie została objęta zarzutem. Za istotny należy bowiem uznać taki element zamówienia, którego wartościowy udział jest znaczny, lub jego wartość merytoryczna jest tak znacząca, że od jego powodzenia zależy osiągnięcie celu zamówienia. Tymczasem, przedmiot zamówienia może zostać z powodzeniem zrealizowany bez zakresu zamówienia objętego prawem opcji.

Izba nie wzięła pod uwagę złożonych przez Odwołującego elzam dowodów w postaci analiz własnych obejmujących czas potrzebny na realizację prawa opcji. Z oświadczeń złożonych w toku rozprawy wynika, że każdy z wykonawców inaczej ocenił pracochłonność prawa opcji. Jako że pracochłonność ta nie została przez Zamawiającego jednoznacznie określona w SWZ, brak jest podstaw, aby stwierdzić, iż to właśnie pracochłonność wyliczona przez Odwołujących elzam i Avado jest prawidłowa, tym bardziej, że Odwołujący elzam oświadczył, że do wyceny własnej oferty założył inną pracochłonność niż wskazana w złożonym przez niego odwołaniu.

Ponadto, na uwagę zasługuje okoliczność, że rozbieżność pomiędzy cenami prawa opcji zaoferowanymi w przedmiotowym postępowaniu jest ogromna – waha się od 37 897,53 PLN do 841 320,00 PLN. Wobec braku podstaw do podważenia kalkulacji prawa opcji przedstawionej przez Fujitsu w wyjaśnieniach z 13 stycznia 2023 r., Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że to kalkulacje i założenia poczynione przez obu Odwołujących są prawidłowe i powinny być wyznacznikiem do oceny pozostałych ofert.

W tych okolicznościach, w ocenie Izby, brak było podstaw do stwierdzenia, że element oferty wykonawcy Fujitsu objęty prawem opcji, jest rażąco niski.

Z analogicznych względów Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do wzywania Odwołującego elzam do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny prawa opcji. Ogromne różnice w wycenie tego elementu przez poszczególnych wykonawców wskazują na to, że możliwe było przyjęcie różnych założeń przy wycenie tego elementu, w zależności od posiadanych zasobów czy doświadczenia wykonawcy. Skoro nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, że zaistniały podstawy do wezwania Odwołującego elzam do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny w zakresie prawa opcji, to tym bardziej, twierdzenie Odwołującego Avado o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego elzam jako zawierającej rażąco niską cenę nie znajduje oparcia w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy.

Za zasadny Izba uznała podniesiony przez Odwołującego elzam zarzut zaniechania ujawnienia treści uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień z 13 stycznia 2023 r. oraz pełnej treści wyjaśnień.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba kierowała się wytycznymi aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21, wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21, wyrok z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 464/22), Sądu Zamówień Publicznych (m.in. wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22) i TSUE (wyrok z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21) uznając, choćby z uwagi na pochodzenie środków, z jakich finansowane są zamówienia publiczne, że priorytetem przy ich wydatkowaniu powinna być jawność, transparentność i przejrzystość.

Na wstępie przypomnienia wymaga, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania wyrażona wprost w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Nie ulega wątpliwości, że wykładnia ww. przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania tych zasad w szczątkowej, fasadowej postaci.

Zasadniczy wyjątek, jak ustanawia ustawa Pzp, pozwalający na odstępstwo od zasady jawności, przewidziany został w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z powołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W konsekwencji, rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy głoślowe zapewnienie, że zastrzeżona informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została sformułowana w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest 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 jej w poufności.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą”  
#x200e(S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwejca, Warszawa 2006, str. 447  
K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie ustawy

#x200eo zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji, wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia

#x200ew sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego, że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 ustawy

#x200eo zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Przyjmuje się, że wykazywana wartość gospodarcza musi być realna. Wykonawca powinien zatem dokonać odpowiedniej wyceny poszczególnych zastrzeżonych informacji. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzić np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu nie da się wskazać wartości finansowej informacji, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas wykonawca powinien przedstawić znaczenie gospodarcze informacji dla innych uczestników rynku,

w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca

w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów (patrz: wyrok SO w Warszawie z dnia

30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22). Kierując się ww. założeniami zamawiający powinien dokonać oceny czy zaistniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie.

Po analizie uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Fujitsu w dniu 13 stycznia 2023 r. Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie udźwignął ciężaru wykazania, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki pozwalające na tego rodzaju ochronę. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że

uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być co do zasady jawne. Dodatkowo, w ocenie Izby, nie zawiera ono informacji mogących stanowić wartość gospodarczą Fujitsu.

Argumentacja powołana w uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazała ponadto, że ujawnienie zastrzeżonych informacji przyniesie wykonawcy realną szkodę. Wykonawca ten nie wykazał również wraz ze złożeniem wyjaśnień, że informacje w nich zawarte wypełniają dyspozycję art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym m.in. nie przedstawił dowodów na okoliczność, iż wykonawca ten podjął realne kroki w celu utrzymania przedmiotowych informacji w tajemnicy. Szczegółowa argumentacja odnosząca się bezpośrednio do treści uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest możliwa, jako że uzasadnienie to na obecnym etapie pozostaje jeszcze utajnione.

Pomimo iż Izba uznała, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również treść wyjaśnień z 13 stycznia 2023 r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie nakazała powtórzenia czynności badania i oceny oferty. Nakazanie powtórzenia ww. czynności byłoby zasadne w sytuacji, gdyby przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie nie był zarzut zaferowania przez Fujitsu rażąco niskiej ceny za zakres objęty prawem opcji. Zarzut taki został jednak postawiony przez Odwołującego elzam oraz Odwołującego Avado. Z tego względu ujawnienie uzasadnienia zastrzeżenia pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę, koszty ponosi odwołujący.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołujących ELZAM.ONLINE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Avado Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**