

Sygn. akt: KIO 2817/22

Wyrok

z dnia 10 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpatrzeniu w dniu 8 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża - wykonawcę **S&T Services Polska 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 odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów poniesionych przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn.: Świadczenie usług wsparcia, modyfikacji i rozwoju Zintegrowanego Systemu Rachunkowości i Kadr (ZSRK) nr sprawy: Z-2502-22/22. Przedmiotem zamówienia są usługi (CPV: 72230000 Usługi w zakresie rozbudowy oprogramowania), ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz.U. UE dnia 26.08.2022 r., pod numerem 2022/S 164-466914.

Odwołujący: S&T Services Polska sp. z o.o. ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa,

1. wniósł dnia 24 października 2022 roku odwołanie wobec zaniechań i czynności Zamawiającego w zakresie oceny oferty, złożonej w postępowaniu przez KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „KBJ”), polegających na:

1.1. zaniechaniu odtajnienia złożonych przez KBJ następujących dokumentów, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa:

(1) wykazu osób (załącznik 6 do oferty) oraz zobowiązań do udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę (załącznik 11 oraz 11a do oferty), zawierających informacje o osobach wyznaczonych do realizacji zamówienia (na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na wykazanie spełnienia pozacenowych kryteriów oceny ofert) oraz wszelkich innych informacji przedstawionych przez Wykonawcę, a dotyczących osób wskazanych w tym wykazie (zwł. wszelkie załączniki do wykazu i ewentualne wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego),

(2) wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa (wraz z załącznikami);
ewentualnie:

1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty KBJ jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie zaoferowanej stawki roboczogodziny za pracę Konsultanta; a w konsekwencji:

1.3. dokonaniu wyboru oferty KBJ z naruszeniem ww. przepisów Pzp.

2. zaskarżonym czynnościom/zaniechaniom Zamawiającego zarzuca naruszenie:

2.1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („znku”) przez zaniechanie odtajnienia przedstawionych przez wykonawcę KBJ dokumentów w postaci wykazu osób (zał. 6 do oferty), zobowiązań do udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę (zał. 11 i 11a do oferty) oraz wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny (wraz z załącznikami), zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa; ewentualnie:

2.2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KBJ jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie zaoferowanej stawki rbh za pracę Konsultanta;

3. z uwagi na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

3.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenie ponownej oceny ofert,

3.2. oraz odtajnienie w całości przedstawionych przez wykonawcę KBJ dokumentów w postaci: wykazu osób (zał. 6 do oferty), zobowiązań do udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę (zał. 11 i 11a do oferty) oraz wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny (wraz z załącznikami), zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa; ewentualnie:

3.3. odrzucenie oferty KBJ jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie zaoferowanej stawki roboczogodziny za pracę Konsultanta.

UZASADNIENIE

O dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący dowiedział się 13.10.2022 r. Następnego dnia, tj. 14.10.2022 r., Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie oferty oraz pozostałych dokumentów złożonych przez KBJ w postępowaniu. Odwołujący otrzymał wgląd do złożonej przez KBJ oferty z wyłączeniem wykazu osób, zobowiązań do udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę oraz z wyłączeniem wyjaśnień rnc, które to dokumenty Wykonawca zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający – odmawiając Odwołującemu wglądu w te dokumenty po wyborze najkorzystniejszej oferty - uznał tym samym skuteczność dokonanego przez KBJ zastrzeżenia.

W postępowaniu zostały złożone 2 oferty – oferta KBJ z łączną punktacją 94,29 pkt oraz oferta Odwołującego, na 2 miejscu w rankingu ofert z łączną punktacją 89,37 pkt.

Nakazanie Zamawiającemu odtajnienia pełnej treści dokumentów, zastrzeżonych przez KBJ jako tajemnica przedsiębiorstwa doprowadzi do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i uzyskania przez Odwołującego wglądu w treść odtajnionych dokumentów, co tym samym umożliwi weryfikację spełnienia przez KBJ warunków udziału w postępowaniu oraz weryfikację prawidłowości skalkulowania przez tego wykonawcę zaoferowanej ceny rbg za pracę Konsultanta. To z kolei determinuje kwestię dalszego ewentualnego skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Informacje zawarte w odtajnionych dokumentach mogą być podstawą sformułowania zarzutów względem oferty KBJ.

Wadliwość czynności zamawiającego w postaci utajnienia dokumentów może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem stwierdzenie powyższego otwiera wykonawcom drogę do weryfikacji dotychczas utajnionych dokumentów, a przez to może

doprowadzić do zmiany wyniku postępowania. Tym samym Odwołujący zachowuje szansę na wybór złożonej przez siebie oferty i pozyskanie zamówienia.

Ze względu na fundamentalną zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 Pzp) skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO.

Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia wykazu osób – zgodnie z rozdz. VI ust. 9.2 SWZ („W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, określonych w rozdz. V ust. 2 SWZ, Wykonawca najwyżej oceniony złoży na wezwanie Zamawiającego (...) wykaz osób, wyznaczonych do realizacji zamówienia, spełniających warunki określone w załączniku nr 7 do SWZ wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. UWAGA: wykaz osób na potrzeby spełnienia warunków może zostać złożony wraz z ofertą ze względu, iż proponowany formularz wykazu osób stanowiący załącznik nr 7 do SWZ, zawiera łącznie dane osób na potrzeby warunków (wymagania obligatoryjne) i kryteriów (wymagania fakultatywne)”.

Wykaz osób (zał nr 7 do SWZ) zawiera łącznie 29 pozycji, z czego większość z nich (od poz. 1 do poz. 26) odnosi się wprost do wymaganego doświadczenia w obsłudze systemu SAP. Wykaz zawiera 29 pozycji wymieniając wymagane osoby konsultantów, programistów, specjalistów.

Wykonawca KBJ zastrzegł złożony wykaz osób (zał. nr 6 do oferty) oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę (zał. nr 11 i 11a do oferty) tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa KBJ powołał się na: (i) szybkie tempo rozwoju rynku usług informatycznych i zjawisko przejmowania wykwalifikowanych pracowników przez firmy konkurencyjne, (ii) specyfikę i rozbudowany zakres postawionych w niniejszym postępowaniu wymagań, skutkujących tym, że żaden z wykonawców nie jest w stanie samodzielnie spełnić tych wymogów, gdyż nie posiada w swoich zasobach kadrowych wszystkich wymaganych specjalistów, stąd większe ryzyko ich przejmowania przez konkurencyjne firmy, (iii) wysokie koszty ewentualnego zmaterializowania się ryzyka utraty pracowników, które to koszty - zgodnie z publikacjami branżowymi przywołanym przez wykonawcę - oscylują między 100 000,00 zł – 150 000,00 zł w odniesieniu do jednego pracownika.

Tak przedstawione uzasadnienie jest absolutnie niewystarczające dla uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zwrócić należy uwagę, że wykonawca KBJ powołuje się ogólnie na rynek branży IT, przywołując przy tym dane z publikacji branżowych – jednak bez odniesienia do wymaganej w postępowaniu specjalizacji, do której odnoszą się postawione w postępowaniu warunki udziału oraz pozacenowe kryteria oceny ofert - tj. do branży usług w zakresie systemu SAP. Poziom ogólności przedstawionej przez wykonawcę KBJ argumentacji, związanej z wysokimi kwalifikacjami pracowników IT oraz wysokimi kosztami ich utraty, skutkuje wątpliwościami co do możliwości automatycznego odniesienia przedstawionych przez KBJ informacji do zakresu i specyfiki niniejszego postępowania.

Wykonawca nie indywidualizuje zastrzeżenia do sytuacji własnego przedsiębiorstwa, nie wykazał związku między ujawnieniem informacji, zawartych w utajnionym wykazie i zobowiązaniach, z jakimkolwiek ryzykiem uszczerbku dla swoich własnych interesów i pozycji konkurencyjnej na rynku. Poprzestał na ogólnych twierdzeniach i publikacjach branżowych. Z uzasadnienia Wykonawcy nie wynika nawet, by kiedykolwiek spotkał się z sytuacją podkupienia jego pracownika przez firmę konkurencyjną na skutek złożenia jawnego wykazu osób w postępowaniu i by kiedykolwiek poniósł z tego tytułu jakąkolwiek szkodę.

Kwestia „podkupowania” pracowników przez konkurencję, nie zasługuje na ochronę również w świetle orzecznictwa (KIO 102/17, KIO 110/17). A zatem informacje zawarte w zastrzeżonych przez KBJ dokumentach kadrowych nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołany przez KBJ argument o szczególnym ryzyku utraty pracowników/współpracowników w związku z ujawnieniem pozostałym wykonawcom informacji z wykazu i zobowiązań, jest mało wiarygodny. W postępowaniu biorą bowiem udział wykonawcy, którzy na etapie składania ofert muszą już posiadać skompletowany zespół specjalistów, spełniających wymagania zgodnie z SWZ. Tym samym niniejsze postępowanie w zakresie ryzyk związanych z ujawnieniem informacji o osobach wyznaczonych do realizacji zamówienia – nie różni się niczym szczególnym od pozostałych postępowań, gdzie udostępnia się wykazy osób oraz zobowiązania podmiotów trzecich.

Przedstawiane koszty utraty pracownika nie są oparte na żadnych kalkulacjach, zindywidualizowanych danych odnoszących się bezpośrednio do przedsiębiorstwa Wykonawcy. Dane te są zaczerpnięte z ogólnie dostępnych publikacji, a więc trudno uznać, że Wykonawca KBJ w tym zakresie wykazał jakąkolwiek wartość gospodarczą zastrzeganych informacji – istotną dla jego przedsiębiorstwa. Raczej poprzestał na cytowaniu opracowań bez wykazania, że mają one odniesienie do jego sytuacji rynkowej i specyfiki zamówienia.

Wskazano na wyrok KIO 385/17 „(...) W odniesieniu do wykazu osób.

Co więcej, odnosząc się do utajnionych zobowiązań do przekazania zasobów podwykonawców – zauważyć należy, że Odwołującemu zależy na odtajnieniu

podstawowych wymaganych w niniejszym postępowaniu informacji (zwt. nazwa podwykonawcy - podmiotu trzeciego, rodzaj przekazywanego zasobu i informacje potwierdzające spełnienie warunku) - a nie informacji nt. szczegółowych zasad współpracy KBJ z innymi podmiotami. Z tego względu, nawet gdyby przyjąć, że KBJ utajnia te informacje, aby zabezpieczyć się przed owym mitycznym wręcz „podkupieniem” podwykonawcy przez innego wykonawcę, to samo udostępnienie podstawowych informacji, o których mowa wyżej, nie wywołuje takiego zagrożenia. Żaden z wykonawców nie będzie miał bowiem dostępu do umowy, regulującej zasady współpracy biznesowej (aspekty prawne, finansowe, ustalenia zasad odpowiedzialności, itp.). Pomimo znajomości np. nazwy firmy podwykonawcy, nie sposób uzyskać wrażliwych informacji biznesowych, które mogłyby zostać wykorzystane w ewentualnej próbie przebicia warunków współpracy zaoferowanych przez KBJ.

Gdyby nawet zdarzyło się tak, że w oświadczeniu złożonym przez podwykonawcę KBJ znalazły się dane dotyczące szczegółów współpracy biznesowej, należy mieć na względzie, że zgodnie z art. 11 ZNKU, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje, a nie dokumenty. Można zatem bez naruszenia przepisów Pzp udostępnić te fragmenty dokumentów, które nie zawierają informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważenia również wymaga, że KBJ nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie, że zostały wdrożył w swoim przedsiębiorstwie opisane przez siebie mechanizmy, zapewniające poufność zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów.

Biorąc pod uwagę legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zasady utajniania informacji w postępowaniach, nie sposób uznać, że zastrzeżone przez KBJ i nieodtajnione dokumenty kadrowe, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy.

Wobec powyższego zastrzeżenie przez KBJ tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wykazu osób (jak również zobowiązań podmiotów trzecich) jest nieskuteczne i ma na celu wyłącznie ograniczyć możliwość zweryfikowania przez konkurencję kwestii spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz wymogów wynikających z kryteriów pozacenowych. W tym stanie rzeczy dokumenty te winny zostać odtajnione przez Zamawiającego w całości.

[zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rnc]

Na wstępie należy zauważyć, że wyjaśnienia ws. rażąco niskiej ceny lub kosztu nie stanowią per se tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym wymagają szczegółowego i skonkretyzowanego uzasadnienia. Powyższe podkreślane jest w szeregu wyroków KIO.

Wobec tego, złożone przez KBJ uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno być ocenione przez Izbę pod kątem jego zasadności. W szczególności, czy jest ono konkretne i odnosi się do informacji zawartych w tych wyjaśnieniach, czy podane tam uzasadnienie zostało w jakikolwiek sposób wykazane, udowodnione lub choćby wysoko

uprawdopodobnione. Ponadto zbadaniu powinno podlegać to, czy jest jakakolwiek podstawa do poczynienia tego rodzaju zastrzeżenia.

W ocenie Odwołującego przedstawione przez KBJ uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień RNC w żadnym wypadku nie pozwala na zachowanie ich tajności. W uzasadnieniu zastrzeżenia wyjaśnień RNC jako tajemnicy przedsiębiorstwa KBJ w istocie powołało się na dwie okoliczności: (i) ochrona know – how wykonawcy – tj. ochrona (...) szczegółowych danych dotyczących funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy, warunków współpracy z pracownikami, współpracownikami oraz podwykonawcami, sposobu realizacji dotychczasowych kontraktów na podobne usługi oraz wypracowanej metodologii kalkulacji cenowej, (ii) ryzyko „podkupienia” pracowników/współpracowników przez konkurencję.

Po pierwsze założenia kalkulacyjne, przyjęte przez każdego z wykonawców na gruncie niniejszego postępowania, bazować muszą de facto na takich samych, podstawowych czynnikach kosztotwórczych tego postępowania, czyli przede wszystkim kosztach pracy oraz przyjętej czasochłonności zadań. Wskazać w tym miejscu należy, że z wyjaśnień wykonawcy KBJ nie wynika jednak, dlaczego ww. informacje miałyby stanowić know-how tego wykonawcy i tajemnicę jego przedsiębiorstwa. KBJ wskazuje co prawda, że w jego ocenie elementem know-how i tajemnicą przedsiębiorstwa jest informacja o wysokości wynagrodzenia pracownika/współpracownika, jednak wycena ofertowa nie referuje przecież do określonych wynagrodzeń określonych osób, lecz bazuje na przyjętych uogólnionych poziomach kosztów pracy Konsultanta, które powinny odpowiadać standardom rynkowym i pozostawać zgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Nadmienić przy tym należy, że stawki wynagrodzeń na rynku branży IT nie różnią się w sposób skrajny pomiędzy poszczególnymi wykonawcami świadczącymi te usługi. Dodatkowo osoby pracujące w danej branży posiadają wiedzę na temat stawek obowiązujących u innych podmiotów lub bez trudu mogą dotrzeć do takich informacji. Odwołujący poddaje zatem w wątpliwość, czy dane dotyczące wyliczenia przyjętych do wyceny kosztów pracy specjalistów, wymaganych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, rzeczywiście mogą stanowić knowhow przedsiębiorcy, szczególnie że celem Odwołującego nie jest uzyskanie informacji o strukturze zatrudnienia w KBJ, czy też szczegółów dot. zawartych przez KBJ umów pracowniczych / kontraktów z partnerami biznesowymi. Celem Odwołującego jest jedynie poznanie podstaw skalkulowania przez KBJ konkretnej ceny – tj. zaoferowanej stawki rbh.

Po drugie przedmiotem ochrony w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp są wyłącznie informacje, nie zaś całe dokumenty je zawierające. Nawet jeśli wyjaśnienia wykonawcy opisują jakieś szczególne metody działań i szczególne rozwiązania organizacyjno – technologiczne, to jednak nie oznacza, że tajemnica rozciąga się na wszystkie informacje zawarte w tych

wyjaśnieniach. Trudno uznać za know-how wszystkie przyjęte do wyceny czynniki cenotwórcze, jeśli są one jedynie efektem przyjętych metod, a nie opisem autorskiej metodologii kalkulacyjnej, czy wytworzonego know-how. Tym samym zdaniem Odwołującego zachowanie przez Zamawiającego w całości poufnego charakteru wyjaśnień rnc, złożonych przez KBJ, może świadczyć raczej o bezrefleksyjnym przyjęciu przez niego argumentacji tego wykonawcy, bez merytorycznej weryfikacji zawartości tych wyjaśnień - w kontekście wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po trzecie nie tworzą tajemnicy przedsiębiorstwa klauzule poufności zawarte w umowach/porozumieniach zawartych z kontrahentami, na relacje z którymi powołuje się KBJ. Podkreślenia wymaga, że wykonawca ma wpływ na zawierane przez siebie umowy i przyjmowane zobowiązania. Zaakceptowanie tego rodzaju klauzul oznacza przyjęcie określonego zobowiązania i związanej z nim odpowiedzialności, nie kreuje jednak tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Odmienne podejście wiązałoby się z ryzykiem nadużywania ww. klauzul dla celów związanych z ograniczeniem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

Po czwarte, jak już wspomniano, nie można zgodzić się, że pojęcie „wartości gospodarczej” informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, może być interpretowane na tyle liberalnie, by zwalniało wykonawcę z jakiegokolwiek obowiązku jej zdefiniowania w odniesieniu do sytuacji własnego przedsiębiorstwa. Skoro zgodnie z art. 11 ust 2 uznk elementem konstytutywnym danej informacji uznanej za tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej wartość gospodarcza, to należy oczekiwać ze strony wykonawcy jej określenia. W tym zakresie uzasadnienie KBJ pozostaje zbyt lakoniczne. Na gruncie niniejszej sprawy KBJ odnosi się bowiem do hipotetycznych szkód związanych z utratą pracownika, opartych na opracowaniach branżowych, nie zaś do własnej sytuacji przedsiębiorstwa.

Co więcej - KBJ w żaden sposób nie dowiódł nawet (występującego rzekomo powszechnie), zjawiska przejmowania pracowników. Nie wykazał tego zjawiska w odniesieniu do sytuacji swojego przedsiębiorstwa – tj. w kontekście ryzyka naruszenia wypracowanego know – how oraz strat z tym związanych. Wykonawca wskazał jedynie na takie hipotetyczne ryzyko w przypadku ujawnienia danych osób wskazanych w wykazie oraz danych podwykonawców. Argumentacja Wykonawcy pozostaje w tym zakresie na poziomie hipotezy.

Argumentacja o „podkupowaniu” pracowników przez konkurencję, nie zasługuje na ochronę również w świetle orzecznictwa KIO.

W ocenie Odwołującego KBJ nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia, które mogłoby stanowić podstawę do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ograniczył do ogólnikowych twierdzeń, w żaden sposób nie wykazując, że określone informacje mają wiarygodną wartość gospodarczą. Nie jest wystarczające jedynie wyliczenie przesłanek z art. 11 ust. 2 ZNKU. Z dokonanego zastrzeżenia musi jednoznacznie

wynikać wykazanie, że konkretne zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie, że wdrożył opisane przez siebie mechanizmy zachowania poufnego charakteru zastrzeżonych tajemnicą wyjaśnień rnc, w tym wskazanych w nich metod kalkulacji.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem KBJ, jakoby ujawnione informacje mogły zostać wykorzystane przez podmioty konkurencyjne w innych (przyszłych) postępowaniach przetargowych. W tym przypadku mamy do czynienia ze zindywidualizowanym zamówieniem (różniącym się od innych zamówień m.in. warunkami realizacji usług, infrastrukturą Zamawiającego, itp.). Wobec tego trudno uznać, że dokładnie taka sama struktura i taki sam poziom czynników kosztotwórczych może być zachowany w ramach innych, nawet podobnych projektów. W każdym przypadku proces kalkulacji ceny będzie przebiegał w sposób odmienny, z uwzględnieniem uwarunkowań danego konkretnego zamówienia.

W ocenie Odwołującego jedynym celem utajnienia przez KBJ wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej było uniemożliwienie pozostałym wykonawcom skontrolowania prawidłowości jej kalkulacji, a tym samym weryfikacji przesłanek rażąco niskiej ceny. Merytoryczna lakoniczność i ogólnikowość uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy nie pozwala na uznanie, że zastrzeżenie dokonano skutecznie.

Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane instrumentalnie jako zagrywka konkurencyjna. Słusznie zauważyła KIO w wyroku KIO 720/21: Zasada jawności postępowania przetargowego musi być ściśle przestrzegana zarówno przez Zamawiającego jak i wykonawców decydujących się na udział w postępowaniu przetargowym. Możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców stanowi realizację tej zasady i jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przedkłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, które w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienia i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia.

[zarzut ewentualny rnc w zakresie zaoferowanej stawki rbh za pracę konsultanta SAP]

Postawiony zarzut rażąco niskiej ceny - w zakresie zaoferowanej przez KBJ stawki roboczogodziny za pracę Konsultanta – ma charakter ewentualny. To oznacza, że Odwołujący wnosi o rozpatrzenie tego zarzutu jedynie na wypadek nierozpoznania lub oddalenia zarzutu dot. zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez KBJ w zakresie rażąco niskiej ceny.

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług przez okres 48 miesięcy. Zamówienie podzielono na 3 pozycje cenotwórcze – w tym 1 pozycja rozliczana wg stawki godzinowej i 2 pozycje ryczałtowe:

- (1) Usługi świadczone przez Wykonawcę w maksymalnej liczbie 70 000 roboczogodzin,
- (2) Usługi utrzymania (UU) – ryczałt miesięczny z zastrzeżeniem, że wartość tej pozycji nie może być wyższa niż 20,4% całkowitej ceny ofertowej brutto (1+2+3),
- (3) Usługi zarządzania (UZ) – ryczałt miesięczny z zastrzeżeniem, że wartość tej pozycji nie może być wyższa niż 8,4% całkowitej ceny ofertowej brutto (1+2+3)

Rozliczane roboczogodzinami usługi w obszarze merytorycznym dotyczą: (1) US, (2) UWA SAP Biznes, (3) WW, (4) MoS, (5) RoS, (6) UA, (7) UA - w maksymalnym wymiarze 70 000 roboczogodzin do fakultatywnego wykorzystania przez Zamawiającego (zgodnie z § 2 ust. 2 Umowy). Natomiast Usługi utrzymania (UU) zostały zdefiniowane w § 1 Umowy jako Usługi serwisu i wsparcia dla SAP Biznes, a Usługi Zarządzania (UZ) jako usługa obejmująca ogół czynności związanych z realizacją i kontrolą zadań podejmowanych w ramach Umowy. Roboczogodzina została zaś zdefiniowana jako jedna godzina (60 minut) pracy Konsultanta (§ 1 Umowy).

Postawione przez Zamawiającego warunki, związane ze sposobem skalkulowania ceny, uniemożliwiały wykonawcom przenoszenie kosztów na pozycje ryczałtowe poprzez zaniżenie kosztów pracochłonności rozliczanej godzinowo.

W dniu 21.09.2022 r. wykonawca złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (wraz z dowodami), zastrzegając wszystkie te dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie Zamawiający uznał w całości za skuteczne.

Choć Odwołujący nie zna treści przedstawionych wyjaśnień KBJ w zakresie sposobu skalkulowania ceny, to jednak stoi na stanowisku, że wykonawca KBJ zaoferował stawkę rbg za pracę Konsultanta, która jest ceną rażąco niską.

Odwołujący zaznacza na wstępie, że to właśnie stawka roboczogodziny miała istotne znaczenie dla wyceny ofertowej dokonanej przez wykonawców na potrzeby niniejszego postępowania. W przypadku oferty Odwołującego, jak również w przypadku wykonawcy KBJ właśnie ta pozycja cenowa (wycena roboczogodzin), stanowiła prawie 72% ceny całkowitej zaoferowanej. Stawka rbg pracy Konsultanta jest zatem istotnym elementem składowym ceny całkowitej.

Podkreślenia wymaga, że Usługi związane z obsługą systemu SAP są wynagradzane bardzo wysoko, dotyczą osób wysoko wykwalifikowanych w branży IT, posiadających określone certyfikaty itp. Punktem odniesienia do oceny rażąco niskiej ceny nie powinna być zgodność z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu, lecz rynkowość zaoferowanej stawki.

Zdaniem Odwołującego stawka rbg zaoferowana przez KBJ nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie może być przez Zamawiającego uznana za prawidłową. Stawka ta została

bowiem obliczona bez uwzględnienia istotnych wskaźników makroekonomicznych, obowiązujących w chwili składania ofert.

Powyższy wniosek wynika chociażby z porównania zaoferowanej stawki rbg z tą samą stawką zaoferowaną przez KBJ 4 lata temu w tym samym postępowaniu, (postępowanie nr Z-362-34/18 z 2018 roku), jak również z porównania zaoferowanej stawki ze stawkami stosowanymi przez tego wykonawcę w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia o podobnym

(a nawet identycznym) przedmiocie na przestrzeni ostatnich lat (o czym w dalszej części uzasadnienia).

Tym samym w ocenie Odwołującego istnieją uzasadnione wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez KBJ stawka za roboczogodzinę pozostaje adekwatna do przedmiotu zamówienia, czy zachowuje cechę rynkowości i czy wykonawca ten będzie w stanie zrealizować zamówienie w zakresie zleconych usług w obszarze merytorycznym.

60. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na stawki rbg zaoferowane przez wykonawcę KBJ w tym samym postępowaniu przeprowadzonym przez tego samego Zamawiającego 4 lata temu z którego wynika wzrost zaoferowanej przez KBJ stawki rbh pracy Konsultanta - na przestrzeni ostatnich 4 lat - zaledwie o 14,47 zł - tj. o niewiele ponad 7%, podczas gdy w tym czasie wystąpiły nadzwyczajne zmiany gospodarcze, których efektem jest chociażby rekordowy w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat wzrost wskaźnika inflacji. Wskaźnik ten we wrześniu 2022 r. wyniósł aż 17,2%. Dla porównania - w okresie skalkulowania przez KBJ ceny ofertowej w poprzednim postępowaniu (tj. 4 lata temu) wskaźnik inflacji wynosił ok. 0.8% w porównaniu z analogicznym miesiącem roku poprzedniego (zgodnie z informacjami GUS).

W ocenie Odwołującego zaoferowana aktualnie stawka rbg została skalkulowana w zupełnym oderwaniu od realiów gospodarczych i w ten sposób rażąco zaniżona. Zwłaszcza że sam wykonawca KBJ podkreślał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że branża IT, jako jedna z nielicznych, nie odnotowała żadnego negatywnego wpływu na wzrost wynagrodzeń takich okoliczności jak pandemia COVID, czy też wojna na Ukrainie. Tym samym uznać należy, że przy systematycznym i stałym wzroście wynagrodzeń pracowników branży IT zaoferowanie stawki rbh pracy wysoko wykwalifikowanej grupy konsultantów SAP na poziomie wyższym zaledwie o 7% względem stawki zaoferowanej w 2018 r. – wypełnia przesłanki rażąco niskiej ceny.

Zauważyć przy tym należy, że ani zakres rzeczowy zamówienia z 2018 r., ani zakres wymagań względem Konsultantów nie uległ istotnym zmianom, które mogłyby uzasadniać przyjęcie aktualnie zbliżonego poziomu cenowego w porównaniu z rokiem 2018 pomimo wystąpienia na przestrzeni ostatnich 4-ech lat nadzwyczajnych zmian otoczenia makroekonomicznego. Przeciwnie – w aktualnie prowadzonym postępowaniu Zamawiający

poszerzył zakres wymagań względem konsultantów SAP w porównaniu z wymaganiami, jakie obowiązywały w roku 2018 (dla przykładu poszerzył zakres wymaganych certyfikatów). Dlatego też zaoferowana aktualnie stawka rbg (przy uwzględnieniu wszystkich zmian gospodarczych i wskaźników makroekonomicznych, jak również przy uwzględnieniu zakresu wymagań) powinna być na poziomie znacznie wyższym niż w roku 2018.

Zauważenia również wymaga, że zaoferowana stawka rbh powinna w sposób możliwie najszerszy uwzględniać ryzyko inflacyjne ze względu na to, że ryzyko to nie znajdzie swej rekompensaty poprzez zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej (§ 22 ust. 1 Umowy).

Dodatkowym czynnikiem jest ustawowy wzrost płacy minimalnej, jak również ekonomiczny wskaźnik wzrostu przeciętnych wynagrodzeń. W bieżącym roku minimalne wynagrodzenie za pracę zostało podniesione do kwoty 3.010,00 zł brutto. Łącznie zatem przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę, całkowity koszt pracodawcy wyniesie 3.626,46 zł. Tymczasem w roku 2018 wynagrodzenie minimalne wynosiło 2.080,00 zł

Również w innych podobnych postępowaniach, w których wycenie podlegała praca konsultantów SAP, wykonawca KBJ podawał znacznie wyższe stawki aniżeli w niniejszym postępowaniu: cena 1 rbg 197,50 zł – 247,40 zł.

To tylko wzmacnia argumentację Odwołującego co do tego, że wykonawca KBJ nie sprostał wymogowi rzetelnego skalkulowania ceny w zakresie elementu składowego dotyczącego stawki rbh za pracę Konsultanta.

Mając na uwadze powyższe, niniejsze odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

Zamawiający: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Przedstawił stanowisko w zakresie zarzutów.

Wniósł o dopuszczenie dowodu z korespondencji email z 6 września 2022 r., na fakt terminu doręczenia Odwołującemu oferty KBJ w części jawnej, a tym samym wiedzy o decyzji Zamawiającego co do uznaniu za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa KBJ i w konsekwencji terminie na wniesienie odwołania.

I. Zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uznał, że dokonał oceny zasadności zastrzeżenia przez KBJ informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp z uwzględnieniem przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oprócz oświadczenia o zastrzeżeniu, KBJ wskazał, jakie podejmuje działania celem utrzymania przedmiotowych informacji w poufności. Zobowiązania czy też tzw. klauzule poufności wynikające z umów z pracownikami czy kontrahentami (o których informuje w zastrzeżeniu KBJ) – mogą być doniosłym dowodem, jakiego wymagają przepisy, aby uprawdopodobnić, że wykonawca podjął niezbędne czynności, zwłaszcza, gdy w istocie o

fakcie danej współpracy nie sposób znaleźć żadnej informacji w powszechnie dostępnych źródłach. Oświadczenie w tym przedmiocie, nie różni się znacząco od przytoczenia w treści uzasadnienia fragmentów wewnętrznych dokumentów (jak uczynił to Odwołujący we własnej ofercie).

W zakresie zastrzeżenia (1) wykazu osób (załącznik nr 6 do oferty) oraz zobowiązań do udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę (załącznik 11 oraz załącznik 11a do oferty), Zamawiający wskazuje, że Odwołujący składając ofertę, tożsame informacje zastrzegł jako własną tajemnicę przedsiębiorstwa (w uzasadnieniu powołując tożsame argumenty, m.in. o „podkupowaniu” pracowników), a tym samym kwestionowanie zastrzeżenia tych informacji przez inny podmiot jest daleko niekonsekwentne. Po drugie, Odwołujący informację o zakończeniu badania zasadności zastrzeżenia dokumentów złożonych wraz z ofertą otrzymał w dniu 6 września 2022 r., wraz z informacją, że otrzymuje część jawną oferty. Tym samym, złożony w treści odwołania zarzut jest spóźniony. Jak wskazuje się w orzecznictwie, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia powzięcia informacji o zaniechaniu Zamawiającego (tak: wyrok KIO 2223/18). Dowód: mail z dnia 6 września 2022 r.

II. Zarzut ewentualny - dotyczący rażąco niskiej ceny.

W zakresie zarzutu ewentualnego, dotyczącego rzekomej nieprawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących ceny KBJ, Odwołujący sprowadza go de facto jedynie do twierdzenia, że KBJ zaoferował stawkę za roboczogodzinę pracy Konsultanta rażąco niską. Powyższe wywodzi jedyne z prostego porównania stawki własnej (253,94 zł) oraz KBJ (208,75 zł), wskazania informacji, że z uwagi na wysoce specjalistyczny charakter usług nie można odnosić stawki za roboczogodzinę jedynie do minimalnego wynagrodzenia za pracę, jak również do porównania ze stawką zaoferowaną przez KBJ w 2018 r. na rzecz Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, złożone przez KBJ wyjaśnienia i dowody potwierdziły, że zaoferowana przez niego w Postępowaniu cena, jak również cena za roboczogodzinę, są cenami, które umożliwiają wykonanie zarówno poszczególnych zadań, jak i całości przedmiotu zamówienia. Przedstawiona kalkulacja w ramach wyjaśnień zawiera omówienie kosztotwórczych elementów na oczekiwanym poziomie szczegółowości. Wyjaśnienia potwierdziły, że wyceniony został przez KBJ pełen zakres przedmiotu zamówienia oraz wszystkie koszty dodatkowe.

Dokonując oceny wyjaśnień, Zamawiający uwzględnił wszystkie elementy wskazane w wyjaśnieniach, w tym w szczególności wieloletnie doświadczenie wykonawcy w realizacji kontaktów o podobnej skali. Zamawiający oparł się jednocześnie o dowody dołączone do kalkulacji, objęte tajemnicą, a zatem nieznaną Odwołującemu. Dowody te potwierdzają kwestionowaną przez Odwołującego realność cen przedstawionych przez KBJ, są aktualne i skorelowane z czynnikami cenotwórczymi wskazanymi w kalkulacji. Dodatkowo, wszędzie tam, gdzie Przystępujący przywoływał założenia do kalkulacji ceny, wskazał ich źródło,

stanowiące w ocenie Zamawiającego odpowiednie uzasadnienie i stanowcze oświadczenia własne.

W konsekwencji wyjaśnienia w sposób wyczerpujący wyjaśniają sposób kalkulacji ceny, jak również uwzględniają wszystkie dostrzeżone i przez Odwołującego w treści odwołania elementy kosztotwórcze.

Na gruncie niniejszej sprawy istotne jest, iż rażąco niska cena to cena nierynkowa (zarówno jako całość, jak i złożona z poszczególnych elementów – cen jednostkowych), która nie przyniesie wykonawcy zysku. W swoim odwołaniu, Odwołujący nie wykazał braku „rynkowości” stawek KBJ, przytaczając informacje w treści odwołania o zarobkach w branży IT oraz stawki KBJ w innych postępowaniach dla innych Zamawiających, co nie może stanowić dowody w myśl przepisów Pzp, a po drugie, że ceny zaoferowane przez KBJ, od obowiązujących stawek odbiegają.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że o ile to na KBJ jako Przystępującym w niniejszej sprawie spoczywa ciężar dowodu w zakresie braku rażąco niskiej ceny (art. 537 Pzp), to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu wykazania, że Zamawiający zaniechał prawidłowej oceny (tak: wyrok KIO 34/18). Ciężarowi temu Odwołujący nie sprostął. Przedstawione w odwołaniu informacje nie zawierają dowodów, a przede wszystkim – kalkulacji mogących potwierdzić zaniechanie prawidłowej oceny przez Zamawiającego.

Uznano za wystarczające wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny oferty przedstawione przez KBJ, która wykazała rentowność realizacji przedmiotowego zamówienia. Cena realizacji przedmiotu zamówienia oraz jej poszczególne składowe zostały obliczone w sposób spójny i gwarantujący należyłą realizację przedmiotowego zamówienia. Skalkulowana przez KBJ cena wykonania przedmiotu zamówienia, która po wstępnym badaniu ofert budziła wątpliwości Zamawiającego, choć niska, zdaniem Zamawiającego jest realna.

Wszystko powyższe dowodzi, że Zamawiający dochował wszelkiej staranności w ocenie oferty KBJ pod kątem istnienia przesłanki do jej odrzucenia w postaci rażąco niskiej ceny, jak również nie zaniechał efektywnej weryfikacji co do tego, czy oferta KBJ nie zawiera sprzeczności z treścią SWZ.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca KBJ S.A. z siedzibą w Warszawie, który wniósł o oddalenie odwołania.

W przedstawionym pisemnym stanowisku wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko odnośnie podniesionych zarzutów.

Odnośnie zarzutu zaniechania odtajnienia wykazu osób oraz zobowiązań podmiotów trzecich (zarzut zawarty w pkt 1.1. ppkt (1) odwołania)

Odpowiadając na zarzuty, Przystępujący chciałby wskazać, że art. 18 ust. 3 u.p.z.p. nie precyzuje w jaki sposób wykonawca ma wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 unzk. Ustawodawca w tym względzie pozostawił wykonawcom swobodę, nie określając w szczególności, jakimi argumentami mają się posługiwać, ani nie precyzując katalogu dopuszczalnych dowodów. Podejście ustawodawcy w tym względzie należy uznać za słuszne, biorąc pod uwagę, że ze względu na różnorodności informacji, które mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykonawca może przyjąć adekwatną do nich metodę uargumentowania, iż powinny być zachowane w poufności.

W związku z powyższym, jeżeli odwołujący się wykonawca kwestionuje uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może ograniczyć się do twierdzenia, że jego zdaniem, określone argumenty, którym się posłużono są nieodpowiednie lub zbyt ogólne. Konieczne jest w tym względzie podanie powodów, dla których, w ocenie odwołującego, przyjęta argumentacja na potwierdzenie poufności informacji nie była właściwa.

Przystępujący, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykazał w sposób szczegółowy przesłanki określone w art. 11 ust. 2 unzk.

Odwołujący zarzucił, że przywołane dane dotyczące rynku branży IT nie są adekwatne do zastrzeżonych informacji, ponieważ te odnoszą się do branży usług z zakresu systemu SAP. Twierdzenie to jest bezzasadne, biorąc pod uwagę, że zjawiska jakie występują ogólnie w branży IT, a na które powoływał się Przystępujący, czyli duża konkurencja pomiędzy pracodawcami, niedobór pracowników oraz ich „podkupowanie”, wysokie pensje wyspecjalizowanych programistów, są właściwe również dla branży usług z zakresu systemu SAP (ta bowiem jest częścią rynku usług IT).

Potwierdzeniem powyższego jest choćby fakt, że Odwołujący w swoim uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (warto podkreślić, iż Odwołujący także zastrzegł w poufności wykaz osób), również powoływał się ogólnie na sytuację rynku usług IT, nie odnosząc się do odrębności występujących w branży usług w zakresie systemu SAP i w tym względzie, zwracał uwagę na takie same zjawiska, które przywoływał Przystępujący:

Wykonawca, na potrzeby Zamawiającego w celu realizacji zamówienia, dobrał zespół ekspertów z branży IT. Podkreślenia wymaga fakt, że Wykonawca indywidualnie skompletował grupę osób o szczególnych kwalifikacjach (a w tym ekspertów posiadających odpowiednie certyfikaty), co w tak konkurencyjnej branży niewątpliwie stanowi know-how S&T. Informacje te mają dla Wykonawcy duże znaczenie gospodarcze. Branża IT jest bardzo dynamiczna, charakteryzuje się nieustannym rozwojem. Niewątpliwie konsekwencją powyższego jest niedobór wysokiej klasy specjalistów oraz podbieranie sobie pracowników przez konkurencyjne firmy. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że dzięki współpracy ze wskazanymi osobami, Wykonawca ma możliwość wzięcia udziału w tym postępowaniu. Dodatkowo doświadczenie oraz zdolności techniczne osób, które zdecydowały się na

uczestniczenie w realizacji zamówienia mają duży wpływ na pozycję S&T także w przyszłych postępowaniach. Tym samym dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w przedmiotowej ofercie stanowią niezwykle ważną wartość firmy Wykonawcy.

Odwołujący zatem uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, w sposób tożsamy jak Przystępujący, wskazał na specyfikę rynku usług IT i powołał się na dokładnie te same jego właściwości w celu wykazania istotnego znaczenia oraz wartości poufnych informacji.

Z niezrozumiałych jednak powodów, zdaniem Odwołującego, posłużenie się praktycznie tożsamą argumentacją przez Przystępującego miałyby być niewłaściwe i zbyt ogólne, zaś w przypadku jego samego – już prawidłowe. W szczególności, Odwołujący nie podał powodów, dla których, jego zdaniem, przywołane przez Przystępującego publikacje branżowe miałyby być nieadekwatne – skoro opisują one zjawiska dla całej branży IT, w tym także dla rynku usług z zakresu systemu SAP. Podobnie również, stawiając zarzut ogólności uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie wskazuje, jakie bardziej szczegółowe informacje Przystępujący w tym względzie mógłby podać. Prawdopodobnie dlatego, iż Odwołujący sam nie wie, w jaki sposób można by było bardziej szczegółowo wykazać charakter zastrzeganych informacji – w swoim uzasadnieniu w tym zakresie Odwołujący wyłącznie opisuje specyfikę branży IT i odwołuje się do orzecznictwa KIO sprzed kilku lub nawet kilkunastu lat.

Przystępujący natomiast w celu wykazania, jak wygląda rynek usług IT, odwołał się do aktualnych na rok 2022 publikacji branżowych (a zatem uwzględniających takie czynniki wpływające na gospodarkę jak pandemia COVID – 19 oraz wojna w Ukrainie) oraz zaprezentował Zamawiającemu analizę rynku usług IT w oparciu o opublikowane dane. Należy zatem uznać, że w sposób wystarczająco szczegółowy wykazał czym charakteryzuje się niniejsza branża, a w konsekwencji podał powody, dla których zastrzeżone informacje powinny być chronione, w tym udowodnił ich charakter oraz wartość gospodarczą.

Podobnie należy się odnieść do zarzutów Odwołującego, który zwracał szczególną uwagę, iż Przystępujący rzekomo nie wykazał możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w postaci „podkupienia” pracowników w przypadku odtajnienia zastrzeżonego wykazu osób oraz zobowiązań podmiotów trzecich. Odwołujący stwierdził, iż przywołane przez Przystępującego publikacje branżowe nie są adekwatnym dowodem na potwierdzenie tego zjawiska oraz zauważył, że Przystępujący nie wykazał, aby takie zjawisko kiedykolwiek wobec niego wystąpiło.

Przystępujący stoi na stanowisku, iż przedstawiona przez niego analiza rynku usług IT (w szczególności wskazanie, że jest to rynek pracownika) oraz przywołane przez niego aktualne publikacje, z których wynika, że zjawisko „podkupowania” pracowników jest częstym zjawiskiem w tej branży, wystarczająco potwierdziły możliwość wystąpienia szkody w

przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji. Skoro bowiem „podkupienie” specjalistów IT jest powszechną praktyką na rynku, w związku z tym obawa Przystępującego w tym względzie jest uzasadniona.

Informacje na temat potencjału osobowego przy realizacji tego rodzaju projektów, wymagających zatrudnienia specjalistów wysokiej klasy, stanowi kluczową informację dla każdego podmiotu, szczególnie podmiotu z branży IT. Ochrona zatem tych Informacji leży w interesie Wykonawcy, gdyż stabilność zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia (przy ryzyku kar umownych i odszkodowań wynikających z niedostępności personelu) gwarantuje należytą realizację zamówienia publicznego. W interesie Wykonawcy jest by utworzony zespół projektowy działał sprawnie i w składzie podlegającym jak najmniejszym zmianom.

S&T jak wiele firm na rynku z branży IT boryka się permanentnie z problemem braku wykwalifikowanego personelu. Stąd też tak istotna jest ochrona posiadanych zasobów. Wykonawca wskazuje, iż chroniąc te informacje podejmuje adekwatne do zagrożeń działania prewencyjne. Dzięki temu Wykonawca nie utracił kluczowego personelu dedykowanego do realizacji projektów informatycznych w czasie ich realizacji.

Odwołujący również nie podał przykładu sytuacji, w której doszłoby do „podkupienia” jego pracownika przez konkurencję lub zaszłoby ryzyko takiego zdarzenia. Pomimo tego, w jego ocenie, uzasadnienie Przystępującego oparte o aktualne i adekwatne dla branży publikacje opisujące zjawiska związane z zatrudnianiem pracowników i dużą konkurencją wśród pracodawców, jest mniej wiarygodne niż to przedstawione przez niego.

W związku z powyższym, w sytuacji, w jakiej znajduje się Przystępujący, za wystarczające należy uznać wykazanie, że zjawisko „podkupowania” pracowników często występuje w danej branży, co w konsekwencji, wiąże się z ryzykiem powstania uszczerbku po stronie wykonawcy związanej z utratą pracownika. Porównując w tym względzie uzasadnienie Przystępującego oraz Odwołującego, należałoby wywieść wniosek odwrotny od prezentowanego w odwołaniu – że Przystępujący uwiarygodnił możliwość wystąpienia potencjalnej szkody, podczas gdy Odwołujący w tym zakresie ograniczył się wyłącznie do ogólnych stwierdzeń.

Odwołujący pominął, iż Przystępujący przedstawił oszacowane przez siebie koszty utraty 1 pracownika (na poziomie 150 000 zł) oraz łączną wartość zastrzeżonych danych (4 350 000 zł), uwzględniając ilość osób podanych w wykazie. Podane przez Przystępującego kwoty odnoszą się do jego przedsiębiorstwa i są wynikiem przeprowadzonej przez niego kalkulacji. Biorąc pod uwagę, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący powołał się na publikacje branżowe, które szacowały koszt utraty 1 programisty na poziomie ponad 100 000 zł (a zatem odwołał się do danych z rynku), podane przez Przystępującego kwoty zostały uwiarygodnione.

Zarzuty Odwołującego oraz wyrażone przez niego oczekiwanie, że Przystępujący powinien wykazać, iż publikacje branżowe są adekwatne do jego sytuacji, są mało wiarygodne w kontekście tego, że sam Odwołujący w swoim uzasadnieniu nie podał nawet orientacyjnej kwoty wartości gospodarczej zastrzeganych przez siebie informacji.

W zakresie wykazania wartości gospodarczej utajnionego wykazu osób Odwołujący w swoim uzasadnieniu ograniczył się wyłącznie do opisu czynników, które, jego zdaniem, wpływają na przypisanie takiej wartości do zastrzeżonych danych:

Wartość gospodarcza przedmiotowych informacji wynika także z wartości tych informacji dla pozycji i konkurencyjności Wykonawcy na rynku. Informacje na temat potencjału osobowego przy realizacji tego rodzaju projektów, wymagających zatrudnienia specjalistów wysokiej klasy, stanowi kluczową informację dla każdego podmiotu, szczególnie podmiotu z branży IT. Ochrona zatem tych Informacji leży w interesie Wykonawcy, gdyż stabilność zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia (przy ryzyku kar umownych i odszkodowań wynikających z niedostępności personelu) gwarantuje należyłą realizację zamówienia publicznego. W interesie Wykonawcy jest by utworzony zespół projektowy działał sprawnie i w składzie podlegającym jak najmniejszym zmianom. Konieczność wdrożenia nowych osób powoduje zaangażowanie dodatkowych zasobów, wydłużenie czasu realizacji i może spowodować nienależyte wykonanie zamówienia albo jego niewykonanie (powodując naliczenie kar umownych a nawet utratę spodziewanego zarobku). Powyższe wprost przekłada się zatem na potencjalną możliwość poniesienia przez Wykonawcę wymiernych strat finansowych i między innymi właśnie w tych elementach wskazanych przez Wykonawcę przejawia się wartość gospodarcza przedmiotowych informacji.

(...) Co istotne już sama możliwość pozyskania informacji dotyczących kompetencji i doświadczenia specjalistów z rynku IT, ma wartość gospodarczą – na potrzeby pozyskania specjalistów angażuje się firmy rekrutacyjne, które za samą możliwość zapoznania się z doświadczeniem kandydata otrzymują wynagrodzenie a przy tym proces rekrutacyjny jest często procesem długotrwałym, angażującym zasoby osobowe po stronie spółki a tym samym jest procesem kosztownym.

Odwołujący jednak nie pokusił się o to, aby przywoływane przez siebie „wymierne straty finansowe” lub koszty firm rekrutacyjnych oszacować choćby w przybliżeniu, w celu wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Stąd, formułowany przez niego zarzut, jakoby Przystępujący nie dopełnił w tym względzie obowiązku, należy uznać za nieuzasadniony i nie mający pokrycia w rzeczywistości.

Z powyższych powodów, zdaniem Przystępującego zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący kwestionuje uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez Przystępującego, pomimo, iż obaj wykonawcy posłużyli się podobną argumentacją (co nie jest niczym dziwnym, biorąc pod uwagę, że funkcjonują

na tym samym rynku oraz złożyli oferty w tym samym postępowaniu). Co więcej, porównując oba uzasadnienia, można jednoznacznie stwierdzić, że to Przystępujący bardziej szczegółowo wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk – argumentując charakter informacji odwołał się do potwierdzonych w publikacjach zjawisk specyficznych dla rynku usług IT oraz podał konkretną kwotę na wykazanie wartości gospodarczej i uwiarygodnił ją danymi z rynku.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący nie podaje w odwołaniu żadnych argumentów, dla których, w jego ocenie uzasadnienie Przystępującego jest ogólne lub mało wiarygodne. Jednocześnie, przedstawiane przez niego zarzuty stoją w sprzeczności z jego własnymi twierdzeniami podnoszonymi w jego własnym uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa złożonym w tym samym postępowaniu. Ponadto, Odwołujący nie wskazuje w jaki inny sposób Przystępujący mógłby uzasadnienie sporządzić – w ocenie Przystępującego takiego innego sposobu nie da się zresztą wskazać, gdyż dokument przez niego przygotowany wykazuje wystarczająco spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk.

W związku z powyższym, nie ma podstaw do tego, aby wykaz osób oraz zobowiązanie podmiotów trzecich zastrzeżone przez Przystępującego zostały odtajnione – gdyby Zamawiający te dokumenty ujawnił, wówczas dopuściłby się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Stąd też odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Ostatecznie, Przystępujący zwraca również uwagę, że przedmiotowy zarzut nie powinien zostać uwzględniony, gdyż nie ma on wpływu na wynik postępowania.

Odnosnie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (zarzut zawarty w pkt 1.1. ppkt (2) odwołania)

Drugi z zarzutów dotyczy rzekomo niesłusznego zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które Przystępujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby sposób wyceny oferty nie stanowił know – how wykonawcy.

Jak zaznaczał Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, pojęcie know – how jest rozumiane szeroko i obejmuje wszelkie przydatne dla funkcjonowania przedsiębiorstwa informacje, które wynikają z wypracowanych doświadczeń, charakteryzują się poufnością oraz dotyczą kwestii technicznych, technologicznych, zasad organizacji lub zarządzania.

W takim ujęciu, wypracowana przez wiele lat funkcjonowania na rynku metoda kalkulowania cen ofert w postępowaniach przetargowych spełnia wszystkie wymagania, aby uznać ją za know – how danej firmy.

Jednocześnie, nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż przyjęta metoda kalkulacji ceny ofertowej nie może stanowić know – how, ponieważ każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu musiał uwzględnić te same czynniki kosztotwórcze.

Przystępujący w tym względzie wskazuje, że oczywistym jest, iż przy wyliczeniu ceny ofertowej bierze się pod uwagę jednolite dla wszystkich uczestników postępowania warunki zamówienia oraz zasady obliczenia ceny wyrażone w SWZ (w tym przypadku w rozdziale X SWZ). Faktem jest również, że do wyliczenia ceny w przypadku tego typu usług, jednym z podstawowych czynników kosztotwórczych są koszty pracownicze oraz przyjęta czasochłonność realizacji zadań. Jednak istotne jest, w jaki sposób dany wykonawca ustalił ten koszt pracowniczy oraz zakładaną czasochłonność i w tym względzie korzysta on ze swojego know – how – uwzględniającego nie tylko warunki zamówienia właściwe dla wszystkich wykonawców, ale również indywidualne czynniki sprzyjające oszczędnościom. Nie bez znaczenia pozostają także inne elementy wynagrodzenia, takie jak marża, zakładany zysk, koszty logistyczne, zakładana rezerwa na nieprzewidziane wydatki i inne pozycje kosztowe wynikające z przyjętej metody wyliczenia ceny – są to czynniki kosztotwórcze o charakterze indywidualnym, właściwe tylko dla danego wykonawcy.

Warto podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający pozostawił wykonawcom dużą swobodę w przyjęciu metody kalkulacji wynagrodzenia.

Należy wskazać, że Przystępujący do wyliczenia ceny ofertowej przyjął konkretne wartości wynagrodzeń w jego firmie dla poszczególnych stanowisk, uwzględnił politykę zatrudnienia, w tym premiowania. Są to zatem zdecydowanie bardziej szczegółowe informacje niż zakładał to Odwołujący. Zamawiający słusznie uznał konieczność zachowania ich w poufności – oceniając uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brał bowiem również pod uwagę stopień szczegółowości danych zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

W dalszej części odwołania (pkt 38 uzasadnienia), Odwołujący zwraca uwagę, że stawki wynagrodzeń dla specjalistów IT nie różnią się skrajnie u poszczególnych wykonawców, a ponadto, jak zauważa, łatwo pozyskać informacje na ten temat, w związku z powyższym, w jego ocenie nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym zakresie Przystępujący ponownie podkreśla, że informacje dotyczące wynagrodzeń zawarte w wyjaśnieniach były szczegółowe i bardzo precyzyjne, prezentowały stosowane przez KBJ S.A. stawki dla poszczególnych stanowisk pracy, uwzględniały informacje dotyczące premii i dodatków. Są to dane, które nie są upubliczniane, a ich pozyskanie jest utrudnione. Przystępujący w tym względzie przypomina, że za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się te informacje, które wykonawca chce zachować w poufności i w odniesieniu do których podjął stosowne działania w celu ich ochrony. Natomiast fakt, że osoba postronna może zdobyć dostęp do poufnej informacji w sposób nielegalny lub nawet nieformalny, nie powoduje utraty waloru poufności zastrzeżonych danych.

Niezależnie od powyższego, twierdzenia Odwołującego są niespójne. Odwołujący próbuje wywołać wrażenie jakoby wycena ofertowa nie stanowiła know – how przedsiębiorcy, ani tym

bardziej tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ wszystkim uczestnikom znane były jednakowe czynniki kosztotwórcze, a stawki wynagrodzeń konsultantów stosowane na rynku nie różnią się skrajnie między sobą. Gdyby tak jednak było, to Odwołujący nie musiałby wnosić o odtajnienie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – mógłby bowiem z łatwością odtworzyć sposób kalkulowania ceny ofertowej. Odwołujący tymczasem złożył odwołanie w celu uzyskania dostępu do wyjaśnień, zaś w ramach zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny kwestionuje w sposób ogólny wyłącznie stawkę za roboczogodzinę odnosząc się jedynie do wzrostów cen na rynku – co potwierdza, że metoda kalkulacji cenowej przyjęta przez Przystępującego nie jest tak oczywistym zagadnieniem, które łatwo jest rozszyfrować w oparciu o dane rynkowe i warunki zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający niesłusznie zaniechał odtajnienia poszczególnych informacji, zachowując w poufności całe dokumenty – zdaniem Przystępującego Zamawiający postąpił słusznie udostępniając jedynie część jawną wyjaśnień. W zakresie części tajnej, udostępnienie poszczególnych informacji byłoby praktycznie niemożliwe, biorąc pod uwagę, że wyjaśnienia te stanowią integralną całość, z której nie można byłoby wyodrębnić danych, które nie spełniają warunków wynikających z art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący stwierdza ponadto, że klauzule poufności stosowane w umowach z kontrahentami – dołączone do uzasadnienia zastrzeżenia – nie „tworzą” tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący zwraca uwagę, że nigdy nie twierdził, aby te klauzule „tworzyły” tajemnicę. Wskazane klauzule zostały dołączone do uzasadnienia w celu wykazania, że – jak sam Odwołujący zauważa – strony umowy, czyli Przystępujący oraz pracownik zobowiązali się do zachowania w poufności wszelkich informacji związanych z jej wykonywaniem, a zatem również w zakresie wynagrodzenia. Stosowanie tych klauzul jest zatem przejawem staranności Przystępującego, który w ten sposób zadbał o to, aby dane te nie zostały przekazane niepowołanym osobom. Są one także dowodem na to, iż zastosował odpowiednie mechanizmy zachowania poufnego charakteru informacji.

Przystępujący wskazuje, że ze względu na fakt, iż znaczna część wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny opierała się o dane dotyczące kosztów pracowniczych (szczegółowe informacje na temat zasad wynagradzania oraz stawek), w związku z powyższym, informacje te jak najbardziej mogą być istotne dla konkurencji, zainteresowanej „podkupieniem” pracownika i zaoferowaniem mu wyższego wynagrodzenia. Tym samym, przedstawiona przez Przystępującego argumentacja dotycząca wartości gospodarczej informacji oraz potencjalnej szkody wynikającej z ich ujawnienia była adekwatna do zastrzeganych danych.

Podsumowując, Odwołujący również w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie wykazał dostatecznie, dlaczego, jego zdaniem, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest zbyt ogólne i niewystarczające. Zamawiający jednak, oceniając zasadność zastrzeżenia wyjaśnień, brał

pod uwagę nie tylko uzasadnienie Przystępującego, ale również treść wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W konsekwencji, słusznie uznał, że tak szczegółowe informacje, które zostały w nich zawarte, zasługują na ochronę, gdyż odnoszą się one do istotnych zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa Przystępującego. Biorąc dodatkowo pod uwagę wykazaną przez Przystępującego specyfikę rynku IT oraz potencjalne szkody, które mogłyby wystąpić w związku z ujawnieniem informacji, Zamawiający prawidłowo ocenił, iż dane te nie powinny zostać udostępnione szerszemu kręgowi odbiorców.

Odnosnie ewentualnego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty KBJ jako zawierającej rażąco niską cenę (zarzut zawarty w pkt 1.2. odwołania), tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 u.p.z.p.

Odwołujący koncentruje się na zaoferowanej przez Przystępującego stawce za roboczogodzinę netto ustalonej na poziomie 208,75 zł i zwraca uwagę, że: cena ta stanowi istotny element składowy ceny całkowitej oferty, powinna być oceniana w oparciu o rynkowe wynagrodzenie specjalistów – nie zaś minimalne wynagrodzenie za pracę określone w obowiązujących przepisach, które jest nieadekwatne do kwalifikacji tego typu pracowników, cena ta nie uwzględnia wskaźników makroekonomicznych obowiązujących w chwili składania ofert, cena ta jest niższa od innych stawek stosowanych przez Przystępującego w podobnych postępowaniach.

Odwołujący nie znając treści wyjaśnień, przyjmuje błędne założenia, zastosowana przez niego argumentacja zarzutu jest nieadekwatna do zaistniałego stanu faktycznego.

Przystępujący podnosi, że dla oceny, czy stawka za roboczogodzinę jest realna i rynkowa kluczowe są jego wyjaśnienia w pkt 2 (s. 4 – 9) wyjaśnień. Przystępujący przedstawił sposób wyliczenia stawki za rbg w oparciu o dane dotyczące stosowanych przez niego wynagrodzeń dla poszczególnych konsultantów i specjalistów. Informacje te uwzględniały dane na temat wynagrodzeń, i innych kosztów związanych z zatrudnieniem (w przypadku umów o pracę). Rynkowość stosowanych stawek została dodatkowo potwierdzona publikacją branżową prezentującą wyniki badań rynku pracy w sektorze IT i SAP. Przystępujący dostarczył Zamawiającemu komplet informacji pozwalający na stwierdzenie, że stawka za rbg została skalkulowana w oparciu o wynagrodzenie specjalistów odpowiadające warunkom rynkowym, znacznie przewyższającym min. wynagrodzenie za pracę.

Zwrócenia uwagi wymaga, że poziom inflacji nie jest adekwatnym wskaźnikiem do ustalania stopy wzrostu wynagrodzeń w danej dziedzinie gospodarki. GUS w tym zakresie poświęca temu zagadnieniu osobne badania, przygotowując publikacje prezentujące wskaźniki wzrostów cen producentów usług, które nie ulegają podwyższeniu w takim samym tempie jak inflacja. Fakt, że cena za rbg jest niższa od innych, oferowanych przez Przystępującego w innych postępowaniach, , nie prowadzi do wniosku, iż została skalkulowana nienależycie.

Ustawodawca w tym zakresie wskazał wyraźnie, że podstawą ustalenia, czy cena jest rażąco niska, czy też nie, są wyjaśnienia wykonawcy, nie zaś ceny oferowane przez niego w

innych postępowaniach. W konsekwencji, jeżeli wyjaśnienia są wyczerpujące i wynika z nich, że wycena ofertowa została dokonana rzetelnie, Zamawiający nie może w oparciu o porównanie cen z innych postępowań uznać, iż ma do czynienia z wynagrodzeniem rażąco niskim.

Zamawiający słusznie uznał jego wyjaśnienia Przystępującego za prawidłowe. Jak wskazywał Przystępujący w niniejszym piśmie, w pkt 2 (s. 4 – 9) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zawarł on szczegółowe informacje na temat metody wyliczenia wysokości stawki za roboczogodzinę, opierając się o stosowane przez niego wynagrodzenie uwzględniające premie, benefity oraz inne dodatkowe koszty (potwierdzone dodatkowo wynikami badania z rynku pracy w sektorze). Ponadto, w kalkulacji stawki, Przystępujący uwzględnił takie elementy wyceny jak koszty inne niż pracownicze związane z realizacją zamówienia (tzw. logistyczne), czy przewidywaną marżę. Wysokość poszczególnych elementów składowych została ustalona na takim poziomie, że słusznie nie wzbudziła wątpliwości po stronie Zamawiającego co do jej rzetelności. Jednocześnie, uwzględniony w stawce margines pozwala na pokrycie ewentualnych dodatkowych kosztów w przypadku, gdyby zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej okazało się niewystarczające.

Ponieważ Odwołujący nie zna treści wyjaśnień rnc, nie mógł również wiedzieć, że Przystępujący przywołał obiektywne czynniki, które pozwoliły mu skalkulować cenę za roboczogodzinę na odpowiednio niższym poziomie. W szczególności istotny był tutaj fakt przywołany w pkt 1 części jawnej wyjaśnień (s. 2), iż Przystępujący jako jedyny potencjalny wykonawca w tym postępowaniu posiada szczegółową wiedzę na temat konfiguracji oraz wszelkich dostosowań wykonanych w systemie SAP, funkcjonującym w sądach w Polsce, ponieważ od 7 lat realizuje kontrakt na rzecz Zamawiającego.

W konsekwencji, proste porównanie stawki za roboczogodzinę zaoferowanej w tym postępowaniu oraz w roku 2018, czy w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających (ZUS, PSG, UM Warszawa) nie jest odpowiednią metodą dla wykazania rażącego zaniżenia ceny.

Podsumowując, Przystępujący wskazuje, że argumentacja Odwołującego odnośnie rzekomego rażącego zaniżenia ceny nie jest adekwatna do zaistniałego stanu faktycznego. Odwołujący próbuje kwestionować rzetelność kalkulacji Przystępującego bazując na błędnych założeniach (sugerując ustalenie stawki za roboczogodzinę w oparciu o nierynkowe wynagrodzenie konsultantów) oraz stosując niewłaściwe metody ustalania rynkowości oferowanej stawki (odnosząc jej wysokość do ogólnego wskaźnika inflacji i porównując ją do stawek zaoferowanych w innych postępowaniach). Podstawa faktyczna zarzutu nie uwzględnia natomiast treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które są kluczowe dla oceny, czy cena została obliczona należycie, czy nie. Zamawiający słusznie wyjaśnienia Przystępującego uznał za wystarczające, gdyż zawierały one szczegółowe

informacje na temat elementów stawki za roboczogodzinę, a ich wysokość pozwalała na uznanie, iż Przystępujący jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowane wynagrodzenie.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący stwierdził, że zarzut 1 podniesiony został w terminie, a z informacji uzyskanej od zamawiającego dnia 6.09.2022 r. nie wynika, że Zamawiający zakończył czynność badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W braku odmiennych oświadczeń okres badania zakończył się z dniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Przypomniał, że konsekwencją uwzględnienia zarzutów jest unieważnienie czynności wyboru oferty i ponowne badanie ofert wraz z udostępnieniem informacji zastrzeżonych uprzednio. Podkreślił, że zarzuty i żądania zostały jasno sformułowane. Zauważył, że Zamawiający i Przystępujący w swoich stanowiskach dokonali porównania faktu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego i Przystępującego, a brak jest podstaw faktycznych i prawnych do takiej czynności. Wskazał, że sytuacja gospodarcza jemu właściwa jest specyficzna i nie powinna podlegać porównywaniu. Potwierdził, że rynek IT jest rynkiem pracownika, jednakże stwierdzenie to jest niewystarczające do uzasadnienia tajności informacji dot. pracowników i ich wynagrodzeń. Uznał, że nie wystarczające jest posługiwanie się informacjami z prasy branżowej na taką okoliczność. Wskazał także na brak uzasadnienia zastrzeżenia informacji dot. podwykonawców w tym 2 wskazanych. Odnośnie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, rbh konsultanta wskazał na specyfikę bieżącego postępowania i odrębne okoliczności odrębnych postępowań. Stwierdził, że powoływanie się na know how jest niezasadne przy określaniu czasu pracy. Przypomniał, że tajemnicą obejmuje się konkretne informacje, a nie dokumenty je zawierające. Zarzut rażąco niskiej ceny jest ewentualnym z uzasadnieniem w cz. 2 odwołania (str. 11 i następne). Złożył dokumenty z 4 postępowań, w których Przystępujący złożył ofertę wskazując na konsekwentnie wyższą cenę niż w bieżącym postępowaniu. Przypomniał ceny w postępowaniu z 2018 r. str. 13 odwołania. Wskazał także na nowe pozycje i wymogi certyfikowania, co musi mieć wpływ na wynagrodzenie. Złożył informacje o wysokości wynagrodzenia informatyka w zakresie SAP i wskazał na bieżące wynagrodzenie rynkowe takich pracowników.

Podkreślił, że z przepisu art. 74 pzp nie wynika 3. dniowy termin badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważył zasadność dokonanego porównania z postępowaniem z 2018 r. pomimo niespornych, niewielkich różnic. Wskazuje na zasadność zarzutu pozwalającego w efekcie na ocenę wzajemną ofert konkurencyjnych.

Zamawiający podtrzymał stanowisko co do spóźnionego zarzutu o nieudostępnieniu informacji z oferty. Wskazał, że Odwołujący jako profesjonalista powinien wziąć pod uwagę, iż Zamawiający udostępnił mu informacje, które uznał za możliwe do udostępnienia.

Wskazuje, że czynności zastrzeżenia informacji przez obydwu wykonawców uznał za skuteczne. Wskazał przy tym na analogiczną argumentację tych podmiotów i mającą zastosowanie w postępowaniu zasadę równości wykonawców. Za poprawne uznał zastrzeżenie informacji podmiotów trzecich udostępniającym zasoby. Zauważył, że sam zamiar uzyskania dostępu do informacji cenotwórczym konkurenta może potwierdzać wartość rynkowo-gospodarczą tych informacji. Zauważył, że Przystępujący jako świadczący obecnie usługę ma szczególną orientację co do pracochłonności. Uznał, że porównanie dokonane przez Odwołującego z innymi postępowaniami nie jest prawidłowe. Zauważył jednak, że stawka z 2018 r. jest niezmienna i dalej stosowana (według wiedzy pełnomocnika). Ocenia, że szczegółowe uzasadnienie zarzutu dot. ceny pozwala na stwierdzenie, iż Odwołujący miał wystarczającą wiedzę w tym zakresie. Wskazał, że rodzaj informacji zastrzeżonych uzasadniał ich zastrzeżenie wobec wartości gospodarczej z nimi związanej.

Przystępujący ocenił wskazany wcześniej zarzut jako spóźniony. Jako poparcie wskazuje na KIO 222/22. Zauważył, że już 6.09.2022 r. wykonawca wiedział o stanowisku Zamawiającego co wywodzi z art. 74 ustęp 2 pkt. 1 pzp. Podkreślił niekonsekwencję w argumentacji Odwołującego. Wskazał, że argumenty rynkowe i z praktyki oparte na publikacjach prasowych nie zostały zakwestionowane.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny wnioski dowodowe Odwołującego ocenił jako nieprzydatne, spóźnione i nieadekwatne z obecnym postępowaniem. Wskazał na przewidywane skutki proceduralne wynikające z oceny zarzutu rażąco niskiej ceny. Odnośnie umowy z 2018 r. wskazał na zmniejszony obecnie zakres rzeczowy usługi. Przewiduje też zmianę sprawdzonego stylu pracy w szczególności znaczny udział pracy zdalnej ze znaczącym obniżeniem kosztów. Ponadto koszty zdobycia certyfikatów to rząd wielkości kilku tysięcy złotych. Podkreślił realność kalkulacji własnych.

Wskazał na komentarz UZP do art. 74 ustęp 2 pkt. 1. Podtrzymał stanowisko, iż poprawnie wskazał przy kalkulacji wartość know how.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko przedstawione na rozprawie przez odwołującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Niesporna jest legitymacja do wniesienia odwołania wykonawcy, który kwestionuje wynik postępowania w postaci wyboru przez zamawiającego oferty konkurenta w postępowaniu, którym sam złożył ofertę.

W ocenie składu orzekającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie dotyczy na zaniechania przez zamawiającego odtajnienia i udostępnienia złożonych przez przystępującego, następujących dokumentów, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- (1) wykazu osób (załącznik nr 6 do oferty) oraz zobowiązań do udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę (załącznik 11 oraz załącznik 11a do oferty), zawierających informacje o osobach wyznaczonych do realizacji zamówienia (na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na wykazanie spełnienia pozacenowych kryteriów oceny ofert) oraz wszelkich innych informacji przedstawionych przez Wykonawcę, a dotyczących osób wskazanych w tym wykazie (zwl. wszelkie załączniki do wykazu i ewentualne wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego),
- (2) wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny, zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa (wraz z załącznikami).

Odwołujący podniósł także zarzut ewentualny dotyczący zaniechania odrzucenia oferty KBJ jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie zaoferowanej stawki roboczogodziny za pracę Konsultanta.

Podnosząc zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadzenie ponownej oceny ofert,
- 2) odtajnienia w całości przedstawionych przez wykonawcę KBJ dokumentów w postaci: wykazu osób (załącznik nr 6 do oferty), zobowiązań do udostępnienia zasobów przez Podwykonawcę (załącznik nr 11 i załącznik nr 11a do oferty) oraz wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny (wraz z załącznikami), zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa;
ewentualnie o:
- 3) odrzucenie oferty KBJ jako zawierającej rażąco niską cenę w zakresie zaoferowanej stawki roboczogodziny za pracę Konsultanta.

W zakresie zarzutu oznaczonego jako 1), a dotyczącego zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa obejmującego informacje zawarte w ofercie skład orzekający podziela stanowisko przedstawione przez zamawiającego, iż zarzut ten jest spóźniony i nie podlega rozstrzygnięciu merytorycznemu. Na wniosek odwołującego zamawiający przekazał i udostępnił treść oferty przystępującego dnia 6 września 2022 r. drogą e-mail. W piśmie tym

stwierdzono „przesyłam jawną treść oferty KBJ S.A.”. Pismo zawierało 11 załączników, w tym m. in. Formularz cenowy, dokumenty JEDZ, oświadczenia i uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Ta informacja zawierała zatem jednoznacznie zrozumiałe stwierdzenie, że niektóre dokumenty ofertowe zostały objęte zastrzeżeniem wykonawcy jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji uznać należy że brak ich udostępnienia jest tożsamy z zaniechaniem przez zamawiającego ujawnienia informacji. Zatem od wskazanej wyżej daty rozpoczął bieg termin na złożenie środka ochrony prawnej od zaniechania przez zamawiającego czynności odtajnienia zastrzeżonych, jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, informacji zawartych w ofercie. Termin powyższy upłynął oczywiście przed dniem podniesienia zarzutu odwołania. Rozstrzygnięcie niniejsze nie wymagało oparcia w przepisie art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, powoływanym w toku rozprawy, a zgodnie z którym „oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,/.../

– przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Jak wskazano w komentarzu UZP do ustawy pod red. M. W. i H. N. autorstwa B. A. i 30 Współautorów w przedmiotowym zakresie: „Dostępność ofert wraz z załącznikami następuje na wniosek, niezwłocznie po ich otwarciu. Celem wprowadzenia tego trzydniowego terminu było zapewnienie zamawiającemu czasu na dokonanie czynności niezbędnych przed udostępnieniem ofert, w szczególności zweryfikowanie, czy oferta nie zawiera treści ustawowo chronionych.” Ewentualne wątpliwości, czy w rzeczywistości, wskazany termin jest wystarczający do oceny ofert w zakresie danych wrażliwych, pozostaje poza zakresem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

W zakresie zarzutu ewentualnego, dotyczącego dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień dotyczących ceny zaoferowanej przez przystępującego, skład orzekający uznaje zarzut za nie wykazany i nie poparty dowodami. Sprowadza się ten zarzut do tezy podstawowej, iż KBJ zaoferował stawkę za roboczogodzinę pracy Konsultanta rażąco niską. Powyższe wywodzi z porównania stawki własnej - 253,94 zł oraz KBJ -208,75 zł, wskazania informacji, że z uwagi na wysoce specjalistyczny charakter usług nie można odnosić stawki za roboczogodzinę jedynie do minimalnego wynagrodzenia za pracę, jak również do porównania ze stawką zaoferowaną przez KBJ w 2018 r. na rzecz tego samego zamawiającego w zakresie porównywalnego przedmiotu świadczonych usług. Izba podziela ocenę zamawiającego, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody potwierdziły, że zaoferowana przez niego cena, jak również cena za roboczogodzinę, to ceny, które

umożliwiają wykonanie zarówno poszczególnych zadań, jak i całości przedmiotu zamówienia. Przedstawiona kalkulacja w ramach wyjaśnień zawiera omówienie kosztotwórczych elementów na oczekiwanym poziomie szczegółowości. Wyjaśnienia potwierdziły, że wyceniony został przez KBJ pełen zakres przedmiotu zamówienia oraz wszystkie koszty dodatkowe.

Dla oceny realności oferowanej ceny ma także znaczenie zarówno doświadczenie wykonawcy w realizacji kontaktów o podobnej skali, jak i fakt doświadczenia nabytego w świadczeniu usługi na rzecz tego samego zamawiającego. Wykonawca wskazał także dowody dołączone do kalkulacji, objęte tajemnicą. Dowody te potwierdzają kwestionowaną przez Odwołującego realność cen, są aktualne i skorelowane z czynnikami cenotwórczymi wskazanymi w kalkulacji. Ponadto Przystępujący przywoływał założenia do kalkulacji ceny, wskazał ich źródło, stanowiące uzasadnienie i stanowcze oświadczenia własne.

W konsekwencji wyjaśnienia w sposób wyczerpujący wyjaśniają sposób kalkulacji ceny, jak również uwzględniają wszystkie dostrzeżone i sygnalizowane przez Odwołującego w treści odwołania elementy kosztotwórcze. Zatem zarówno co do istotnych składowych ceny, jak i ceny całkowitej uzasadnione jest stwierdzenie o ich rynkowym charakterze.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający rozpoznający zarzuty odwołania nie stwierdził naruszenia przez zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz przepisów 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

