

informacji oraz nakazuje ich udostępnienie po uniemożliwieniu odczytania informacji, co do których zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uznane za skuteczne.

2. oddała odwołanie w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2 zasądza od Zamawiającego - **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa**, na rzecz Odwołującego - **Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa**, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Zakup Usługi Utrzymania i rozwoju systemu informatycznego SI-Agencja*KI na okres 47 miesięcy*”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10.08.2018 r. pod nr 2018/S 153-351273, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 10 stycznia 2019 roku Zamawiający poinformował Sygnity S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (dalej jako Odwołujący) wynikach oceny ofert i wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Softiq Sp. z o.o. Od tej czynności w dniu 21.01.2019 r., Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Softiq, pomimo, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Softiq wraz z dostarczonymi dowodami, a także dokumentów dostarczonych w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, że informacje stanowiące uzasadnienie utajnienia, a także informacje stanowiące część wyjaśnień oraz dostarczone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Softiq w toku postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty Softiq, pomimo, że zawiera ona cenę rażąco niską;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Softiq, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Softiq,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy Softiq, jako zawierającej rażąco niską ceną oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) odtajnienia dokumentów i informacji wskazanych w odwołaniu,
- 5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie odwołania.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca Softiq Sp. z o.o. zastrzegł jako tajemnicę i same wyjaśnienia. Zdaniem Odwołującego uznać należy, że Softiq nie dochował należytej staranności w ocenie informacji, które stanowią realnie i bezspornie tajemnicę przedsiębiorstwa. Podnosi, że samo uzasadnienie nie może zostać bowiem uznane za informacje o takim charakterze. Odwołujący sugeruje, że w samych wyjaśnieniach więcej jest informacji, które co do zasady nie są chronione. Wywodzi, że to na zamawiających spoczywa obowiązek rzetelnej oceny zastrzeżonych informacji, czego w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dokonał.

Wskazuje, że o ile Softiq dokonał wymaganych czynności zastrzeżenia w terminie określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, o tyle złożone uzasadnienie, jak i treść samych zastrzeżonych informacji (a właściwie całych dokumentów, w których zawarte są informacje) w ocenie Odwołującego nie pozwala uznać, że Softiq wykazał — w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podnosi, że zgodnie z orzecznictwem KIO, przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Odwołujący podkreśla, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie

informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert. Podnosi, że zgodnie z orzecznictwem Izby niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą, oraz że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji. Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosi również, że mimo iż w uzasadnieniu Softiq wskazuje, że zastrzega informacje zawarte we wskazanych dokumentach w całości dokumentu lub wyraźnie wskazanej części, dokonał zastrzeżenia wyłącznie całej treści dokumentów, mimo iż zawierają one informacje ogólnie dostępne, jak np. wykaz usług świadczonych na rzecz podmiotów publicznych. Odwołujący wskazuje, że Softiq zastrzegł dokumenty i oświadczenia złożone na podstawie wezwania Zamawiającego - wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Wykaz zawiera usługi realizowane na rzecz podmiotu publicznego, a informacje o udzieleniu zamówień w tym zakresie, jaki obejmuje wykaz usług, tj. określenie i opis usługi i wartość, data realizacji, nazwa wykonawcy oraz nazwa i adres odbiorcy usługi, są dostępne publicznie. O ile wszystkie wskazane w wykazie usług zamówienia realizowane były w trybie Pzp i żadne z nich nie było prowadzone z wyłączeniem lub ograniczeniem dostępu do informacji związanych z prowadzonym postępowaniem, co do zasady informacje ich dotyczące są jawne. Odwołujący wskazuje także, że Softiq zastrzegł również wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia. Wykonawca ten wskazał, że dane te stanowią dla niego wymierną wartość gospodarczą, nie wskazują jednak, na czym konkretnie wartość ta polega. W opinii Odwołującego wszelkie informacje dotyczące ewentualnego pozyskania pracowników Softiq nie zostały w żaden sposób wykazane, w szczególności chociażby poprzez wskazanie takich prób w przeszłości. Odwołujący wywodzi, że badanie spełniania warunków udziału przez Zamawiającego z zachowaniem zasady jawności zastrzeżonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, mieści się w celu w jakim dane zostały zgromadzone przez Softiq i udostępnione przez niego Zamawiającemu. Ich ujawnienie zatem nie narusza przepisów RODO. Dane wskazane w wykazie osób nie stanowią danych wrażliwych, czy też danych szczególnej kategorii w rozumieniu RODO.

Odwołujący podnosi, że należy ocenić, czy:

1) Softiq zastrzegł podane informacje i dokumenty w sposób prawidłowy, kompletny i zgodny z u.z.n.k, wykazując spełnienie przesłanek zastrzeżenia, czy też objęcie zawartych w wyjaśnieniach informacji ma jedynie charakter ogólny i zdawkowy, niezgodny z przesłankami zastrzeżenia;

2) z ostrożności także, przy odmowie odtajnienia informacji zastrzeżonych, czy wyjaśnienia Softiq, w sposób pewny uzasadniają cenę złożoną w ofercie tak, aby nie można było w żaden sposób uznać, że cena ta zawiera znamiona ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wywodzi, że jako profesjonalista na rynku IT, ma wiedzę i możliwość rzetelnej oceny tych okoliczności, w tym wskazanych potencjalnych rozwiązań technicznych, certyfikatów, etc. W ocenie Odwołującego, Softiq nie podał w wyjaśnieniach informacji, które stanowiłyby nadzwyczajne okoliczności, które nie są dostępne pozostałym profesjonalistom, a także nie przedstawił wiarygodnych dowodów. Podnosi, że ujawnienie tych wyjaśnień jest ważne pod kątem oceny, ile z tych wyjaśnień faktycznie uzasadnia cenę oferty i na ile one są wiarygodne i kompletne. Ma to szczególne znaczenie, gdy ceny oferty nie różnią się od siebie w sposób znaczący i o rzetelności danej oferty i jej zgodności z Pzp decydują jedynie poszczególne pozycje cenowe. Odwołujący wskazuje, że na wadliwość zastrzeżenia i braku dochowania należytej staranności w tym zakresie przez Zamawiającego wskazuje m.in. fakt, że Softiq zastrzegł nie tylko informacje istotne, ale także samą argumentację takiego zastrzeżenia, co samo w sobie dowodzi, że ani Softiq ani tym bardziej Zamawiający nie dokonali oceny, co powinno zostać zastrzeżone w zgodzie z przepisami ustawy Pzp i u.z.n.k. Z punktu widzenia Odwołującego istotne jest, aby odtajnione zostały także informacje dotyczące certyfikatów, gdyż nawet o ile Softiq wskazał je prawidłowo i przypisał do konkretnych osób, to w ocenie Odwołującego, okoliczność ta nie znalazła odzwierciedlenia w cenie ze względu na fakt, jak wywodzić można z wezwania Zamawiającego, że na dzień złożenia oferty Softiq nie dysponował osobą o wymaganym certyfikacie, a tym samym nie uwzględnił w cenie oferty kosztu pozyskania takiego specjalisty a także jego wynagrodzenia. Podnosi, że doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, w tym w zakresie posiadanych certyfikatów, jest na tyle specyficzne, że istotne jest pełne ustalenie, czy Softiq posiada osoby wskazane jako wymagane w SIWZ. Wskazuje, że nieodtajnienie ww. informacji nie pozwala innym wykonawcom na weryfikację prawdziwości złożonych wyjaśnień.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zastrzegł, że brak jest możliwości pełnego postawienia zarzutu w tym zakresie, ze względu na brak możliwości analizy wyjaśnień i dokumentów Softiq złożonych Zamawiającemu w toku postępowania. Odwołujący poinformował, że *„zastrzega sobie prawo do wniesienia dalszej argumentacji w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jeżeli Izba uzna, że na tym etapie możliwe jest najpierw wydanie orzeczenia w przedmiocie odtajnienia a dopiero po odtajnieniu rozstrzygnięcie zarzutów na okoliczność rażąco niskiej ceny”*. Odwołujący wskazał, że zarzut dotyczący odrzucenia oferty z art. 89. ust. 3 i 4 ustawy Pzp należy traktować jako zarzut ewentualny, na wypadek, gdyby Izba rozstrzygnęła co do istoty całość podniesionych okoliczności. Odwołujący uznał jednak, że pominięcie tego zarzutu na tym etapie, nawet jako zarzutu ewentualnego, mogłoby skutkować uznaniem go na etapie późniejszym jako spóźnionego i tym samym Odwołujący utraciłby możliwość podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

W ocenie Odwołującego Softiq złożył Zamawiającemu nierzetelne wyjaśnienia, które następnie nie zostały należycie ocenione przez Zamawiającego, z uwzględnieniem: zakresu i specyfiki usług określonych w SIWZ, wysokości cen charakterystycznych dla rynku IT; kosztów pracy i wszystkich kosztów niezbędnych do uwzględnienia w wycenie. Odwołujący podkreśla, że istotnym elementem jest także ocena, czy Softiq przedstawił w powyższym zakresie kompletne i wiarygodne dowody, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, potwierdzające twierdzenia i oświadczenia zawarte w wyjaśnieniach.

Podnosi, że już na podstawie jawnej części oferty wykonawcy Softiq, możliwe jest sformułowanie i uzasadnienie następujących zarzutów dot. rażąco niskiej ceny za oferowane usługi. Wskazuje, że cena oferty Odwołującego jest o ok 22% wyższa od oferty Softiq, pomimo uwzględnienia okoliczności wpływających na obniżenie ceny oferty przez Odwołującego, przy czym okoliczności te są znaczące i przynależne tylko Odwołującemu w postępowaniu. To powinno było skłonić Zamawiającego do bardzo wnikliwej analizy wszystkich wyjaśnień Softiq pod kątem oceny, z czego wynika taka oszczędność wykonania zamówienia. Wywodzi, że cena oferty Softiq budzi wątpliwości w odniesieniu do wymagań SIWZ i innych złożonych ofert. Wskazuje, że wykonawca, który nigdy nie świadczył usług na rzecz tego Zamawiającego (Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.) musiał uwzględnić wszystkie koszty realizacji zamówienia, co powoduje, że cena oferty jest znacznie wyższa niż cena oferty Odwołującego. Softiq należy do tej kategorii wykonawców i Odwołujący podnosi, że za cenę wskazaną w ofercie Softiq nie da się należycie wykonać zamówienia.

Odwołujący informuje, że Zamawiający wezwał Softiq do złożenia wyjaśnień

w zakresie istotnych elementów składowych ceny oferty, przy czym zaniechał odrzucenia oferty Softiq pomimo, że w ocenie Odwołującego, zaproponowane ceny w poszczególnych pozycjach mają charakter ceny rażąco niskiej, są niewiarygodne i posiadają znamiona stawki nierealnej lub wręcz niemożliwej do zaoferowania. Zdaniem Odwołującego Softiq złożył ofertę z ceną rażąco niską, czyli „ceną nierealistyczną, ceną, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów” (np. wyrok KIO z dnia 12.04.2012 r. KIO 560/12). Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 2885/12 gdzie stwierdzono, że „dla przyjęcia, że cena jest rażąco niska należy odnieść ją do cen rynkowych, rzeczywistych, w szczególności w tym samym postępowaniu”. Wskazuje, że ceny ofert złożonych w postępowaniu odbiegają w sposób znaczny od oferty Softiq. Zdaniem Odwołującego w dużej mierze oferta Softiq nawiązuje do oferty, którą Odwołujący złożył w październiku 2015 r. w postępowaniu na utrzymanie i rozwój systemu SI_Agencji*KI. Podnosi, że cena oferty złożonej aktualnie w postępowaniu nie może pozostać na tym samym, czy zbliżonym poziomie co w roku 2015, gdyż:

- 1) doszło do zmiany Podręcznika IFPUG, co w sposób znaczący ma wpływ na cenę oferty w części dotyczącej ceny za 1 PF;
- 2) doszło do zmiany wysokości wynagrodzeń specjalistów IT w ostatnich latach;
- 3) doszło do zmiany technologii budowy i rozwoju systemu z technologii dwuwarstwowej na technologię trójwarstwową, co ma wpływ, m.in. na specjalizację zasobów wskazanych do realizacji zamówienia;
- 4) doszło do znacznego przekształcenia/migracji systemu w końcowej fazie realizacji umowy, co ma wpływ na Usługi Utrzymania.

Podnosi, że powyższe okoliczności zostały uwzględnione w cenie oferty Odwołującego, natomiast w całości pominięte przez Softiq. Wywodzi, że Zamawiający zaniechał zbadania oferty Softiq i złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień pod kątem rynku IT i cen, które na tym rynku funkcjonują w odniesieniu do wymagań technicznych i organizacyjnych stawianych przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Jeżeli na 4 złożone oferty 3 są wyższe, a przyjęć należy, że oferty te odzwierciedlają rynek wykonawców IT w odniesieniu do tego typu systemów, to nie ma wątpliwości, że ceny oferty Softiq nie można uznać za realną, pokrywającą koszty realizacji zamówienia. Wskazuje, iż wydaje się, że oferta Odwołującego jest wyższa jedynie o ok. 22% od oferty Softiq, ale to właśnie Odwołujący realizuje aktualną umowę, a tym samym posiada środowiska, licencje i zespół, w tym o kompetencjach do obu warstw, ma wypracowane zasady i procedury realizacji umowy dla tego systemu, nie musi pokrywać wszystkich kosztów Okresu Przejściowego, a jego działanie

w tym okresie jest w większości finansowane z umowy aktualnej. Odwołujący podkreśla, że nie jest to umowa bezkosztowa, do realizacji której można wejść bez ponoszenia kosztów wejściowych. W przypadku tego Zamawiającego i jego zamówień, uwzględniając stosowane przez Zamawiającego wysokie standardy dotyczące prowadzenia i monitorowania projektów informatycznych, wymagania wejściowe są bardzo kosztowne. Mając na uwadze, że wyjaśnienia zostały zastrzeżone, Odwołujący zwraca uwagę, że w przypadku Softiq powinny zostać wykazane przynajmniej następujące elementy kosztotwórcze, składające się na cenę oferty lub cenę poszczególnych Usług:

1) koszt realizacji Okresu Przejściowego, w tym:

- a) koszt udziału poszczególnych osób o określonych kwalifikacjach - wykonanie prac wskazanych w Załączniku nr 7 do wzoru umowy;
- b) koszt udziału poszczególnych osób o określonych kwalifikacjach w realizacji obowiązku przejęcia wiedzy od aktualnego wykonawcy, którym jest Odwołujący (m.in. pkt 1.7 preambuły wzoru umowy);
- c) koszt sprzętu niezbędnego do świadczenia Usług Utrzymania i Usług Rozwoju, w tym koszt serwerów, licencji, zestawienia środowisk, przy czym środowiska te mają stanowić odpowiedniki środowisk Zamawiającego (m.in. pkt 3.1.5.2 Załącznika nr 7 do wzoru umowy);
- d) koszt ustanowienia zdalnego łącza do siedziby Zamawiającego, zgodnego z wymaganiami Zamawiającego (Załącznik nr 6 do wzoru umowy);
- e) koszt finansowania Okresu Przejściowego bez wynagrodzenia (pkt. 8.6 i 8.7 wzoru umowy);

2) wynagrodzenie za poszczególne Usługi;

3) narzut na ryzyka;

4) narzut na zarządzanie projektem;

5) założony koszt wzrostu wynagrodzeń w przedziale 4 lat realizacji umowy;

6) koszt 1 PF w stosunku do aktualnych wymagań Zamawiającego;

7) różnica kosztów w odniesieniu do technologii dwuwarstwowej i trójwarstwowej, z uwzględnieniem znacznego przebudowania systemu SI_Agencja*KI w stosunku do systemu sprzed 4 lat;

8) gwarancja;

9) marża.

Odwołujący wywodzi, że należało ocenić wyjaśnienia także z uwzględnieniem wszystkich narzutów na wynagrodzenie wynikających z obowiązujących przepisów prawa, jak

też kosztów ogólnozakładowych ponoszonych przez Softiq, na które składają się m.in. koszty zarządu i administracji, wynajmu biura czy dostawy mediów. Koszty pracochłonności powinny zawierać także urlopy, statystyczne dni chorobowe, etc. Za te dni Zamawiający nie zapłaci wynagrodzenia, a stanowią one realny koszt wykonawcy.

W ocenie Odwołującego Softiq nie wykazał uwzględnienia w cenie oferty powyższych kosztów, a to właśnie brak poszczególnych elementów kosztotwórczych lub ich zaniżenie przesądza o rażąco niskiej cenie oferty. Podkreśla, że każda z Usług ma odrębny charakter i jako taka powinna być odrębnie wyceniona i oceniona przez Zamawiającego - o tym charakterze świadczy chociażby możliwość ich odrębnego wypowiedzania, możliwość zwiększania wynagrodzenia za niektóre z nich, a na końcu wzór Formularza ofertowego. Podnosi, że zgodnie z orzecznictwem KIO, jeżeli dany element ma wpływ na całą cenę w stopniu powodującym jej zaniżenie, wówczas dany element cenotwórczy stanowi o fakcie złożenia przez wykonawcę rażąco niskiej ceny (np. KIO: 2303/12, 207/13).

Wywodzi, że sam Zamawiający w wezwaniach wskazuje, że Softiq nie skalkulował realnie poszczególnych Usług.

Dalej Odwołujący wskazuje, że Okres Przejściowy, zgodnie z postanowieniami SIWZ (wzoru umowy) jest płatny dopiero po rozpoczęciu świadczenia Usług, tj. po zakończeniu Okresu Przejściowego i to pod warunkiem, że wykonawca spełni kryteria jego zakończenia. Powyższe oznacza, że Softiq powinien skalkulować koszt wykonania tych usług i dodać go do ceny za Usługi z Grupy Usług G2. Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze zakres prac wskazany w Załączniku nr 7 do wzoru umowy przyjąć należy, że koszt ten powinien kształtować się na poziomie ok. 63 000 zł - na kwotę tę składają się:

- a) zaangażowanie członków zespołu skierowanego przez wykonawcę do realizacji umowy, w tym :

	Zaangażowanie	Wynagrodzenie miesięczne brutto (rynkowe z aktualnego rozeznania rynku)	Wynagrodzenie za 2 miesiące, zgodne z zaangażowaniem

Kierownik Projektu (rozdzielenie prac, zarządzanie zespołem, kontakt z Zamawiającym, ustalenie harmonogramu, uzgodnienie z Zamawiającym trybu przekazania haseł, Doprecyzowanie wzoru Raportu Miesięcznego)	0,5 etatu	10000 zł	10000 zł
Projektant (zapoznanie się z procedurami i dokumentami, zapoznanie się z repozytorium, zasilenie repozytorium kodami i dokumentami, przygotowanie własnych środowisk w infrastrukturze Wykonawcy, Zbudowanie systemu budowy kodów Systemu)	0,25	12000 zł	6000 zł
Administrator (Uzgodnienie z Zamawiającym parametrów podlegających monitorowaniu, skonfigurowanie narzędzi monitorujących, uruchomienie zdalnego łącza, podłączenie do SOZ, opracowanie szczegółowych procedur administracji użytkownikami, Opracowanie z Zamawiającym szczegółowej procedury tworzenia i odtwarzania kopii bezpieczeństwa)	1 etat	8000 zł	16000 zł
Analitik - minimum 1 osoba Ustalenie/doprecyzowanie z Zamawiającym wzorów Dokumentacji Technicznej oraz Dokumentacji Administratora	0,25 etatu	10000 zł	5000zł
Tester — minimum 1 osoba (przeprowadzenie testów środowisk Wykonawcy, Opracowanie Polityki Jakości)	0,5 etatu	6000 zł	6000 zł
Pracownik wsparcia serwisu (Opracowanie opisu zakresu danych wymaganych do rejestracji)	0,25 etatu	4000 zł	2000 zł

Pracownik wsparcia projektu (przekazanie listy konsultantów, polityki jakości, listy członków grup w SOZ)	0,25 etatu	4000 zł	2000 zł
Cały zespół - zapoznanie się z procedurami i dokumentami, zapoznanie się z repozytorium	Łącznie minimum 20 osób wymaganych w siwz, każda osoba powinna poświęcić około 2 dni robocze.	średnio 8000 zł	16000 zł

Odwołujący zaznacza, że powyższe dotyczy jedynie wypełnienia obowiązków Okresu Przejściowego. Do tego należy jeszcze dodać wynagrodzenie za przejście wiedzy od dotychczasowego wykonawcy oraz końcowe przekazanie wiedzy do następnego wykonawcy.

b) koszt zakupu sprzętu i licencji niezbędnych dla zbudowania środowisk analogicznych jak środowisko Zamawiającego - elementy środowisk Zamawiającego zostały wskazane w Załączniku nr 10 do wzoru umowy. Koszt przygotowania środowisk tej klasy wynosi minimum 30 000 zł brutto. Ilość aktywności, które będą obsługiwane na tych środowiskach (testowanie poprawek, certyfikacja, testowanie oprogramowania) nie umożliwi dzielenia tych środowisk z innymi projektami. Oznacza to, że cała kwota musiała zostać uwzględniona w ofercie Softiq.

c) koszt finansowania Okresu Przejściowego przez okres 2 miesięcy - koszt ten jest równy wszystkim powyżej kosztom, które Softiq musi ponieść z góry plus koszty pozyskania finansowania na czas Okresu Przejściowego.

Odwołujący podnosi, że odnosząc się do analizy tylko jednej z Grup Usług stwierdzić można bezspornie, że doszło do zaniżenia ceny w tej Grupie. Informuje, że szacując koszt Usługi Usuwania Wad należało rozważyć, m.in. liczbę i złożoność rejestrowanych zgłoszeń. Wykonawcy przystępując do szacowania liczby zgłoszeń najczęściej opierają się na liczbach zgłoszeń wynikających z historii eksploatacji danego systemu. Takie założenie jest poprawne w sytuacji, kiedy system będący przedmiotem usług utrzymania funkcjonuje w dłuższym okresie bez istotnych zmian i modyfikacji, gdy nie zaszły żadne istotne czynniki, które mogłyby naruszyć to założenie. Odwołujący podkreśla, że w trakcie realizacji obecnie obowiązującej jeszcze umowy Zamawiający zlecił wprowadzenie w systemie istotnych zmian w zakresie

większości modułów funkcjonalnych (przepisanie systemu do nowej technologii trójwarstwowej), które będą wdrażane przez obecnego wykonawcę — Odwołującego - w końcowym okresie realizacji umowy (tj. bezpośrednio przed rozpoczęciem świadczenia Usług utrzymania przez wykonawcę wyłonionego w Postępowaniu). Wywodzi, że uwzględniając powyższe, wykonawca przyjmując założenia dotyczące liczby zgłoszeń i związanej z nią pracochłonności, powinien w szczególności uwzględnić wpływ zmian wprowadzanych w obszarze systemu, a nie jedynie opierać się na historii jego eksploatacji. Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący wskazuje, że w odpowiedziach na pytania do treści SIWZ z roku 2015 w postępowaniu nr DZP-2611-1/2015, na pytanie o liczbę zgłoszeń dla Usługi Usuwania Wad (pytanie nr 88) Zamawiający podał, iż w ciągu ostatniego roku (pytanie zadano we wrześniu 2015) liczba ta wynosiła 3 zgłoszenia na miesiąc. W innym pytaniu nr 34, Zamawiający odpowiedział, iż 2014 roku wystąpiły 3 awarie, zgłoszono 24 błędy krytyczne i 3 błędy niekrytyczne, co daje średnio 2,5 zgłoszenia na miesiąc. Odwołujący wskazuje, że analizując treść SIWZ oraz odpowiedź na pytanie nr 66 do treści SIWZ oraz łącząc to pytanie z odpowiedzią na pytanie nr 41 (moment wdrożenia P004) należy zauważyć, że średnia miesięczna liczba zgłoszeń przed wdrożeniem produkcyjnym P004 (modułu Sprawozdania do Nowej Technologii) wynosi 3 zgłoszenia; średnia miesięczna liczba zgłoszeń wykazanych do końca okresu podanego w tej odpowiedzi po wdrożeniu produkcyjnym P004 (modułu Sprawozdania w Nowej Technologii) wynosi 9 zgłoszeń. Powyższe oznacza 3-krotny wzrost ilości zgłoszeń w stosunku do zakładanych w roku 2015. Zauważa, iż rozmiar funkcjonalny modułu sprawozdania P004 to 1494PF. Jednocześnie Odwołujący, w obecnej umowie realizuje przepisanie kolejnych modułów w ramach Modyfikacji P008 - Nowa technologia — rozmiar funkcjonalny modułów przepisywanych w ramach tej Modyfikacji to 5700PF (za odp. 41). W ostatnim okresie obowiązywania umowy następuje więc wdrożenie kluczowych funkcjonalności, które generować mogą znaczną ilość błędów. Podnosi, że takie ryzyko należało uwzględnić w cenie Usługi Usuwania Wad. Przyjmując, że zwiększenie nastąpić może proporcjonalnie do zakresu nowo wytworzonego oprogramowania, zastępującego dotychczas działające oprogramowanie, tj. proporcjonalnie do rozmiaru funkcjonalnego, 9 zgłoszeń miesięcznie dla modyfikacji P004 o złożoności 1494 PF pozwala oszacować około 43 zgłoszeń miesięcznie łącznie dla modyfikacji P004 i P008 o łącznej złożoności 7194 PF (w obliczeniach dla uproszczenia pominięto wpływ innych Modyfikacji, skupiając się na tych największych). Zdaniem Odwołującego, Softiq nie dokonał należytej oceny aktualnego stanu systemu i jego zmian, przez co zaoferowana cena za te Usługi jest ceną rażąco niską, gdyż opiera się o nieracjonalną i odbiegającą od praktyki rynkowej liczbę zgłoszeń i ryzyka.

Wywodzi, że nawet, jeżeli Softiq w swoich wyjaśnieniach wyjaśnił, dlaczego przyjął tak niską cenę za świadczenie tej Usług w ramach tej Grupy Usług i Zamawiający uznał je za właściwe, to Odwołujący zarzuca, iż w tym zakresie Zamawiający dokonał błędnej oceny tych wyjaśnień, niesłusznie uznając je za wiarygodne. Wskazuje, że w tej Grupie Usług należało także uwzględnić wynagrodzenie za Okres Przejściowy i transfer wiedzy, co czyni cenę za tą Grupę Usług jeszcze bardziej niewiarygodną i nierealną.

Odwołujący podnosi, że Softiq w formularzu oferty w Tabeli V Usługi Rozwoju (strona 6 oferty) określił cenę jednostkową Punktu Funkcyjnego w kwocie 420 zł netto. W ocenie Odwołującego, zgodnie z przedstawioną poniżej argumentacją - oferowana przez Softiq cena jednostkowa netto za 1 Punkt Funkcyjny została skalkulowana nierzetelnie - cena jednostkowa netto za 1 PF jest rażąco niska, oderwana od realiów rynkowych oraz nie uwzględnia znaczących zmian w sposobie wyceny modyfikacji realizowanych w ramach Usługi Modyfikacji. Zgodnie z SIWZ, podstawą wyceny Modyfikacji realizowanych w ramach Usługi Modyfikacji jest pracochłonność zmiany wyrażona w Punktach Funkcyjnych zgodnie z metodyką określoną w Załączniku nr 4C do Umowy. Zamawiający, w wyniku wieloletnich doświadczeń, wniósł do podstawowej metody szereg własnych modyfikacji i rozszerzeń, wprowadzając własne modyfikacje i rozszerzenia IFPUG, tj. zasady, wzorce i wyjaśnienia, tworząc Podręcznik IFPUG, który jest Załącznikiem nr 4C1 do Umowy. Odwołujący informuje, że modyfikacje w stosunku do standardu wyjściowego, są na tyle duże, że w swoim odwołaniu składanym przed złożeniem ofert jeden z oferentów, firma Comarch Polska S.A. postawił tezę, iż pisząc o stosowaniu „metodyki IFPUG” Zamawiający wprowadza oferentów w błąd. Odwołujący zwraca uwagę na ten fakt dla podkreślenia, iż dla dokonania rzetelnego wyliczenia ceny netto 1 PF istotna jest nie tylko znajomość bazowej metodyki ale w równym stopniu modyfikacji i rozszerzeń, które wprowadził Zamawiający i które zebrał w Podręczniku (wersja 2.7) stanowiącym załącznik 4C1 do Umowy. Odwołujący w roku 2015 skalkulował cenę netto 1 PF na poziomie 400,00 zł. Podstawą tamtej kalkulacji był Podręcznik w wersji 1.0. Podkreśla, że cena 400 zł netto za 1 PF była najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu w 2015 r., która uznana została za wiarygodną. Niższe ceny zostały uznane za ceny rażąco niskie. Odwołujący informuje, że dokonując kalkulacji ceny netto 1 PF w ramach postępowania, oparł ją o analizę różnic pomiędzy wymaganiami stawianymi w Podręczniku IFPUG w obu tych wersjach z roku 2015 i 2018. Wywodzi, że wprowadzone przez Zamawiającego rozszerzenia powodują, że w postępowaniu należy uwzględnić wzrost 30% pracochłonności w 1 PF w stosunku do 1 PF z roku 2015. Aby wyznaczyć w ujęciu procentowym wpływ wyżej wymienionych znaczących zmian Podręcznika, Odwołujący

dokonał analizy porównawczej kilku wycen modyfikacji realizowanych w ramach obecnej umowy. Porównanie wyceny Modyfikacji P004 - Zmiana Technologii - Sprawozdania. Wycena według Podręcznika 1.0 (z VAF): 1749,00 PF. Wycena według nowego Podręcznika 2.7 Porównanie wyceny Modyfikacji P006 — Limity on-line. Wycena według Podręcznika 1.0 (z VAF): 420,75 PF. Wycena według nowego Podręcznika 2.7 (bez VAF): 286,50 PF. Różnica: 134,25 PF. Procentowe obniżenie wyceny: 31,91%.

Odwołujący podnosi, że kalkulacja ceny za 1 PF musiała uwzględnić tak zasadniczą zmianę reguł wyceny pracochłonności modyfikacji wyrażonej w PF. Przetawiona wyżej szczegółowa argumentacja ma wskazywać, że uwzględniając jedynie zmianę podręcznika IFPUG (którego nowa wersja stanowi załącznik do SIWZ), cena za 1 PF powinna wzrosnąć o 25-35% w stosunku do ceny 1 PF z roku 2015. Odwołujący przyjmuje, że wykonawca Softiq przedstawił Zamawiającemu nierzetelne wyjaśnienia i dowody, które mają uprawdopodobniać możliwość realizacji Usługi Modyfikacji zgodnie z SIWZ przy wycenie 420 zł za 1PF. Podkreśla, że uwzględniając opisany wyżej wpływ nowej metody wyceny pracochłonności, który może zostać łatwo zweryfikowany przez samego Zamawiającego lub biegłego - to odpowiednik wyceny 1 PF Softiq, przy zastosowaniu pierwotnego podręcznika w wersji 1.0 z 2015 r., byłby na poziomie 310-335 zł za 1 PF (bez uwzględnienia wzrostu kosztów pracy w okresie 2015-2018 r.). Odwołujący zwraca uwagę, że oferta zbliżona cenowo do tego poziomu, tj. w wysokości 300 zł za 1 PF złożona w postępowaniu DZP2611-1/2015 została skutecznie odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP. Odwołujący wywodzi, że nieprawidłowa, zaniżona przez Softiq, wycena 1 PF prowadzi także do naruszenia interesu Zamawiającego, ponieważ zachodzi ryzyko, że realizacja prac zleczanych przez Zamawiającego będzie dla wykonawcy nierentowna. Powyższe doprowadzi do sytuacji, w której Softiq będzie blokować/paraliżować ich wykonywanie, przez co Zamawiający nie będzie zdolny do realizacji celu umowy w obszarze zmian i rozwoju. Zdaniem Odwołującego za korzystną ceną oferty Softiq nie przemawiają żadne specjalne okoliczności przynależne dla tego wykonawcy. Podnosi, że Softiq nie był i nie jest wykonawcą świadczącym usługi na rzecz Zamawiającego, co uzasadniałoby zmniejszenie lub pominięcie pewnej kategorii kosztów. Odwołujący zaznacza, że takie uprzywilejowane okoliczności stały natomiast u podstaw kalkulacji jego oferty, który w sposób uprawniony mógł pewnych kosztów nie uwzględniać lub je znacznie obniżyć uwzględniając okoliczności, które są okolicznościami sprzyjającymi, ze względu na fakt aktualnie świadczenia usług utrzymania i rozwoju przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego. Jako ww. okoliczności Odwołujący wymienia:

- Odwołujący posiada zestawione środowiska i pozyskane licencje;

- Odwołujący świadczy Okres Przejściowy równolegle ze świadczeniem usług na podstawie trwającej umowy, a prawie wszystkie elementy z Załącznika nr 7 do wzoru umowy ma już zrealizowane;
- Odwołujący posiada łącznie zestawione do siedziby Zamawiającego;
- Odwołujący zna dokładnie system i ryzyka z nim związane;
- Odwołujący posiada zespół z aktualnym doświadczeniem i organizacją pracy.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Odwołujący podnosi, że w jego ocenie, Zamawiający nie dokonał należytej staranności w ocenie wyjaśnień Softiq, pomimo trzykrotnego wezwania do ich uzupełnienia. Wywodzi, że cena zaoferowana przez Softiq jest ceną nierealną, niekompletną, zaniżoną i nie ma możliwości wykonania za nią zamówienia w sposób należyty. Odwołujący podnosi, że oferta Softiq budziła wątpliwości Zamawiającego, który wbrew okolicznościom faktycznym i postanowieniom Pzp, zaniechał jej należytej oceny i w konsekwencji odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

3. Zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że nie sprzyja uczciwej konkurencji budowanie pozycji kosztem pozostałych wykonawców, którzy ceny jednostkowe i w konsekwencji cenę oferty skalkulowali w swoich ofertach uczciwie, bez pominięcia istotnych elementów kosztowych. Wywodzi, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że odrzuceniu podlega oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym za czyn nieuczciwej konkurencji powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w u.z.n.k. Zdaniem Odwołującego takim właśnie zachowaniem jest zachowanie Softiq w postępowaniu, poprzez zaniżenie kosztów realizacji zamówienia, poniżej kosztów wytwórczych, kosztów ogólnych i bez możliwości uzyskania marży, w zakresie w jakim to zostało wskazane w odwołaniu. Powołuje się na wyrok KIO 2046/14, zgodnie z którym formalna, nierealna wycena pozycji nie jest działaniem konkurencyjnym, stanowi naruszenie dobrych obyczajów i powinno skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący wywodzi, że wykonawca Softiq nie mógł w żaden sposób uzasadnić tak niskiej ceny, gdyż, jak pokazują złożone oferty, wykonawca, który aktualnie nie świadczy usług na rzecz Zamawiającego nie jest w stanie złożyć oferty z ceną niższą niż cena złożona przez Odwołującego. Zdaniem Odwołującego działania Softiq naruszają zasadę uczciwej konkurencji i naruszają interes

Odwołującego, który w wyniku działania Softiq nie może uzyskać zamówienia. Podnosi, że działanie Softiq stanowi utrudnianie dostępu do rynku, powołuje się na wyrok KIO/UZP 610/10 i SA w Warszawie I Aca 1173/12 z dnia 10.04.2013 r.

Odwołujący wywodzi, że ustalenie cen przez Softiq na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji ze strony Softiq wskazują ceny poszczególnych elementów złożonej oferty, które zostały zaniżone w stosunku do realnych kosztów ich świadczenia, przy czym są to elementy istotne, bez których nie ma możliwości zrealizowania zamówienia. Powołuje się na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym inne interesy uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie” (wyrok KIO z 17.10.2016 r. KIO 1823/16). W ocenie Odwołującego zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Softiq stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący uzupełnił swoje stanowisko pismem złożonym w dniu 4.02.2019 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Softiq Sp. z o.o. , ul. Robotnicza 2, 44-100 Gliwice (dalej także jako Przystępujący).

Zamawiający w dniu 4.02.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy przed Izłą strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismami procesowymi, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk

stron i uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny i prawny.

W toku postępowania złożone zostały 4 oferty, z cenami odpowiednio: Odwołującego - 9 982 213,92 zł, Softiq Sp. z o.o. - 8 2023 676,97 zł, Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. - 31 173 621,00 zł i Comarch Polska S.A. – 42 682 332,72 zł. Oferta wykonawcy Pentacomp SI S.A. została odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Zamawiający zwracał się do wykonawców – Odwołującego oraz Softiq Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w dniach 23.10.2018 r. i 13.11.2018 r. Wykonawcy udzielili wyjaśnień, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 19.12.2018 r. zwrócił się do wykonawcy Softiq o dalsze wyjaśnienia jak również wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia uzupełnień w zakresie dokumentów złożonych uprzednio za wezwaniem z dnia 3.12.2018 r.

W SIWZ Zamawiający wymagał m.in.:

Wykazania wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej:

Pkt 1.3.1.1: trzech usług, każda z nich o wartości nie mniejszej niż milion złotych (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji), każda polegająca na wykonaniu analizy, zaprojektowaniu i wytworzeniu oprogramowania systemu informatycznego lub na rozbudowie systemu obejmującej wykonanie analizy i wytworzenia oprogramowania, gdzie system spełniał następujące wymagania:

- a) został wykonany w technologii wielowarstwowej,
- b) został wykonany z wykorzystaniem relacyjnej bazy danych,

c) wykorzystywany był lub jest przez pracujących równocześnie minimum 50 użytkowników oraz posiadał ponad 100 użytkowników,

pkt 1.3.1.2 – co najmniej dwóch usług, każda z nich o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł rocznie, każda obejmująca utrzymanie systemu spełniającego wymagania opisane w pkt 1.3.1.1., każda z usług świadczona przynajmniej przez okres co najmniej 12 miesięcy, a w ramach świadczonych usług do zadań wykonawcy należało co najmniej:

a) obsługa zgłoszeń incydentów od użytkowników systemu, b) usuwanie wad w utrzymywanym systemie, c) weryfikacja skuteczności wytworzonych poprawek przed wdrożeniem na środowisko produkcyjne, d) monitorowanie pracy systemu, e) administracja środowiskami (do poziomu systemu operacyjnego włącznie), na których zainstalowany był utrzymywany system, f) administracja uprawnieniami w aplikacji, g) wprowadzanie poprawek i modyfikacji oprogramowania na środowiska zamawiającego, h) odtwarzanie systemu z kopii bezpieczeństwa zamawiającego, i) zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczenia usług, j) zmiana wersji oprogramowania wspomagającego na środowiskach zamawiającego (np. baza danych, serwer aplikacyjny, system operacyjny).

Ponadto w SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem 20 specjalistami o odpowiednim wykształceniu, doświadczeniu, z których część posiadać miała określone certyfikaty (pkt 1.3.2 SIWZ).

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba za zasadny uznała zarzut 1 odwołania, w części, w której dotyczył zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa całego wykazu zrealizowanych usług – „Oświadczenie – wykaz usług, o których mowa w Rozdziale III pkt 1.3.1.1 siwz” oraz całego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia – „Oświadczenie – Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”, złożonego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby uznanie przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia informacji dotyczących usług realizowanych na rzecz podmiotów publicznych oraz informacji o posiadanych certyfikatach przez osoby, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, stanowiło naruszenie zasady jawności postępowania o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Do tajemnicy przedsiębiorstwa wprost odnosi się art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419, w brzmieniu po zmianie wprowadzonej ustawą z dnia 5 lipca 2018 r. – Dz.U. z 2018 r., poz. 1637, dalej jako uznk), 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.

Mając na uwadze powołane powyżej przepisy, należy uznać, że Przystępujący zobowiązany był wykazać, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny bądź inny i posiadają wartość gospodarczą i że 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 oraz że podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przystępujący Softiq zastrzegł ww. informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa wraz z pismem z dnia 17.12.2018 r., z którym przedkładał omawiane wykazy. W uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał, że są to informacje handlowe i organizacyjne posiadające wartość gospodarczą także dla kontrahentów i ujawnieniem ich narażałby się także na roszczenia ze strony kontrahentów. Podnosił, że ich ujawnienie może przyczynić się do osłabienia pozycji rynkowej firmy. W ocenie Izby argumentacja ta nie odnosi się do zawartych w wykazie informacji o usługach zrealizowanych przez Przystępującego (którego nazwa jako oferenta jest przecież konkurencji znana) na rzecz podmiotów publicznych. Informacje takie nie spełniają podstawowej przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa określoną w art. 11 ust. 2 uznk – nie można bowiem uznać, że „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". Informacje o tych usługach, realizowanych w wyniku udzielonych zamówień publicznych, są powszechnie dostępne dla nieograniczonej liczby osób i mogą być z łatwością odnalezione przez każdą osobę zainteresowaną, nie tylko „zwykle zajmującą się tym rodzajem informacji”. Informacje te, zawarte w omawianym wykazie, nie są ujęte w żadnym szczególnym zestawieniu czy zbiorze, w których umiejscowienie mogłoby nadawać im szczególny charakter, uzasadniający uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższe, wobec braku spełnienia przesłanek uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba nakazała uznanie ich zastrzeżenia za bezskuteczne. Jednocześnie Izba uznała, że referencje dotyczące ww. usług obejmują zakres informacji szerszy niż powszechnie dostępne. Rzeczone referencje wystawione zostały na potrzeby niniejszego postępowania i mają charakter szczegółowy, wobec czego Izba za skuteczne uznała zastrzeżenie zawartych w nich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie informacji zawartych w załączniku nr 5 do SIWZ – wykaz osób, sytuacja nie jest tożsama, gdyż nie są one publicznie, powszechnie dostępne (odmiennej okoliczności Odwołujący nie wykazał). Jednakże, dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa koniecznym jest, by posiadała ona wartość gospodarczą. Zastrzeżenie informacji dotyczących pracowników Przystępujący uzasadniał obawą przed „*podbieraniem*” pracowników przez konkurencję (ang. *employee poaching*), z pozyskaniem których poniósł wysokie koszty, a osłabienie tego zespołu pogorszyłoby jego pozycję na rynku. Niewątpliwie, mając na uwadze sytuację na rynku pracowników IT, należy uznać, że takie zagrożenie istnieje. Jednakże, jeżeli nie zostaną ujawnione dane personalne ww. osób, ryzyko takie zostanie wyeliminowane. Jednocześnie pozwoli to na zachowanie równowagi pomiędzy zasadą jawności postępowania a interesem Przystępującego, którego pracowników dane w dalszym ciągu będą chronione. Należy przy tym dodać, że samą informację, iż Przystępujący dysponuje pracownikami legitymującymi się wymaganymi w SIWZ certyfikatami, wykonawca ujawnił składając ofertę w postępowaniu – bowiem z samej tej czynności wywieść należy, że uznaje on, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu – w tym właśnie dysponowania odpowiednim zasobem kadrowym, określonym w pkt 1.3.2. SIWZ.

Mając na uwadze, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, nie zaś dokumenty, jak również uwzględniając konieczność zapewnienia jawności w możliwie najszerszym, wyznaczonym granicami prawnie chronionego interesu wykonawcy, zakresie Izba za zasadne uznała ujawnienie Załącznika 5 do SIWZ – wykazu osób przedłożonego dla

potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, przy usunięciu danych personalnych i podstawy dysponowania. Ostatnią z tych informacji Izba uznała za skutecznie zastrzeżoną, albowiem ma ona charakter organizacyjny i pozwala na ustalenie samodzielnych kompetencji wykonawcy, które niewątpliwie wpływają na jego pozycję na rynku.

Podobnie jak w przypadku ww. Załącznika nr 5 do SIWZ Izba za niezasadne uznała zastrzeżenie punktu ad. IV wyjaśnień z dnia 7.01.2019 r. dotyczących certyfikatu jednej z osób skierowanych do realizacji zamówienia, złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18.12.2018 r. Jest to dokument ściśle powiązany z ww. wykazem i jedynie łączne ich udostępnienie umożliwia weryfikację oferty Przystępującego w tym zakresie. Podobnie jak w przypadku wykazu osób, dla zabezpieczenia uzasadnionego interesu Softiq – ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczną jest anonimizacja tego dokumentu, usunięcie danych personalnych.

Nadto w ocenie Izby brak było podstaw uznania za skuteczne zastrzeżenia samego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa – tj. pkt III pisma z dnia 29.10.2018 r., od punktu A do C, z wyłączeniem punktu D. W omawianym fragmencie pisma znajduje się uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczące wyjaśnień ceny. Jakkolwiek Izba uznała zastrzeżenie samych wyjaśnień za skuteczne (o czym poniżej), tak samo uzasadnienie, poza pkt D, nie zawiera informacji o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Przystępujący też nie przedstawił argumentacji przemawiającej za utajnieniem samego uzasadnienia zastrzeżenia.

Ponadto należy stwierdzić, że uznanie przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne w zakresie w ww. informacji stanowiło naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania, uniemożliwiało bowiem pozostałym wykonawcom weryfikację oferty Softiq. Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji.

W pozostałym zakresie Izba uznała omawiany zarzut za bezzasadny. Składane przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dotyczyły informacji spełniających przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Przystępujący wykazał tę okoliczność w piśmie z dnia 29.10.2018 r. oraz poparł odpowiednimi dowodami. Wymaga podkreślenia, że było to pierwsze pismo dotyczące wyjaśnień ceny i Przystępujący mógł wówczas skutecznie dokonać zastrzeżenia informacji w nim zawartych oraz powołać dowody na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia, co *per analogiam* wynika z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Omawiane uzasadnienie zastrzeżenia nie ma charakteru ogólnikowego, ściśle koresponduje z informacjami, których

dotyczy. Przystępujący wskazał na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, na ich charakter wypełniający przesłanki art. 11 ust. 2 uznk oraz działania, jakie podjął w celu utrzymania poufności tych informacji – w tym zakresie uzasadnienie poparte zostało także dowodami w postaci odpowiednich umów. W wyniku dokonanej analizy samej treści wyjaśnień zaoferowanej ceny, Izba doszła do przekonania, iż rzeczywiście informacje tam przedstawione mają charakter, o którym mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający zasadnie uznał skuteczność zastrzeżenia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny wraz z załącznikami i w tym zakresie zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp się nie potwierdził.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Softiq Sp. z o.o., pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w rozumieniu ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Przystępujący nie wycenił w sposób prawidłowy Okresu Przejściowego, wynagrodzenia za poszczególne usługi, narzutu na ryzyka i narzutu na zarządzenie projektem, kosztu wynagrodzeń w przedziale 4 lat realizacji umowy, kosztu 1 Punktu Funkcyjnego (PF) w odniesieniu do technologii dwuwarstwowej i trójwarstwowej z uwzględnieniem znacznego przebudowania systemu w stosunku do stanu sprzed 4 lat, gwarancji i marży.

W zakresie wyceny Okresu Przejściowego Odwołujący wskazał, że na koszt tego elementu składa się zaangażowanie członków zespołu, koszt zakupu sprzętu i licencji niezbędnych do zbudowania środowisk analogicznych jak środowiska Zamawiającego i koszt finansowania Okresu Przejściowego przez okres 2 miesięcy, ustanowienia łącza i inne.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń Odwołującego, koniecznym jest wskazanie, że wszystkie ww. elementy ceny były wyjaśniane przez Przystępującego, zarówno w wyniku wezwania z dnia 23.10.2018 r., 13.11.2018 r. i 28.11.2018 r. Treść tych wyjaśnień została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba jednakże, posiadając do nich pełen dostęp, dokonała ich analizy i jest w stanie ocenić, że Przystępujący w sposób pełny, szczegółowy i wiarygodny wykazał należyte uwzględnienie wszystkich wskazywanych przez Odwołującego elementów ceny, co w niezbędnym zakresie zostało poparte dowodami. Wycena Okresu Przejściowego szczegółowo została opisana w wyjaśnieniach z dnia 19.11.2018 r. Żaden z elementów uznanych przez Odwołującego za niezbędny nie został

przez Przystępującego pominięty, określenie poziomu wyceny każdego z nich zostało także poparte wyjaśnieniami.

Drugi z elementów ceny oferty, co do których Odwołujący przedstawił wyjaśnienie zarzutu, dotyczy Usługi Usuwania Wad. Odwołujący podnosił, że Softiq nie dokonał należytej oceny aktualnego stanu systemu i jego zmian, dokonując wyceny zbyt niskiej ilości zgłoszeń i oferując cenę rażąco niską. Nadto wskazał, że w rzeczony grupie należało uwzględnić także wynagrodzenie za Okres Przejściowy i transfer wiedzy, co czyni cenę za rzeczony usługę jeszcze bardziej nierealną.

Dokonując weryfikacji wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego, Izba stwierdza, że oszacował on w sposób wiarygodny ilość zgłoszeń, uwzględniając przy tym możliwość jej wzrostu wobec zmiany struktury i funkcji systemu. Wobec powyższego należało uznać, że Softiq wykazał w drodze wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu realność przyjętej ceny w tym zakresie.

Kolejnym z elementów wyceny budzących wątpliwości Odwołującego, co do którego przedstawił uzasadnienie, była wycena Punktu Funkcyjnego. Nierealność wyceny tego elementu Odwołujący opierał m.in. na twierdzeniu, że *„w dużej mierze oferta Softiq nawiązuje do oferty Odwołującego, którą Odwołujący złożył w październiku 2015 r., w postępowaniu na utrzymanie i rozwój systemu”*, zaś obecnie cena oferty nie może zostać na tym samym poziomie, ze względu na zmianę podręcznika IFPUG, zmianę wynagrodzeń specjalistów, zmiany technologii systemu i dokonanie jego modyfikacji.

Dokonując oceny zarzutu w tym obszarze w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że twierdzenie o „nawiązywaniu” oferty Softiq do oferty Odwołującego z 2015 r. nie zostało wyjaśnione, Odwołujący zdaje się je wywodzić wyłącznie ze zbliżonego poziomu ceny za PF pomiędzy tymi ofertami. Owo twierdzenie nie znajduje także oparcia w nieznanych Odwołującemu wyjaśnieniach ceny. Wynika z nich jasno, iż wyceny PF Softiq dokonał samodzielnie, z uwzględnieniem wszystkich badanych przez Zamawiającego czynników i elementów. Przystępujący wziął również pod uwagę te składniki ceny i okoliczności cenotwórcze, na które wskazano w odwołaniu. Przy czym dokonał tego już w toku udzielania wyjaśnień w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, a zatem nie sposób uznać, że powołano się na nie dla potrzeb postępowania odwoławczego. Również w tym zakresie wyjaśnienia ceny oferty Przystępującego były pełne, wiarygodne i poparte szczegółowymi wyjaśnieniami. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby brak jest podstaw

dla uznania, że cena za PF ustalona przez Przystępującego jest rażąco niska. Dodać należy, że Odwołujący nie wykazał też wiarygodności swych twierdzeń o niemożności realizacji zamówienia poniżej kwoty za PF określonej w jego ofercie z 2015 r. – 400 zł, z czego z kolei wywodził nierealność ceny PF w ofercie przystępującego – 420 zł. Jedynym argumentem za tym, że już w 2015 r. cena 400 zł była ceną minimalną miała być okoliczność, że oferta z ceną na poziomie 300 zł została uznana za rażąco niską. Jednakże i to twierdzenie zostało obalone w toku rozprawy przed Izbą, gdzie Zamawiający i Przystępujący wyjaśnili, że wykonawca, który zaoferował cenę 300 zł przyjął niewiarygodny wpływ nowej technologii na pracochłonność. Co za tym idzie – nie można uznać, że jednoznacznie stwierdzono, że nawet cena 300 zł za PF jest ceną niemożliwą do osiągnięcia, a na takim założeniu opierał się wywód Odwołującego w tym zakresie. Nieprzekonująca jest także argumentacja Odwołującego opierająca się o porównanie ceny PF oszacowanej przez Zamawiającego (792,99 zł netto), zaoferowanej przez Odwołującego (511 zł netto), Comarch (2925 zł netto) i Pentacomp (1600 zł netto) z ceną Przystępującego (420 zł netto). Rażąca rozbieżność pomiędzy tymi cenami wskazuje, że wycena PF może być bardzo różna, przy czym pomiędzy ceną PF Odwołującego i Przystępującego różnica jest stosunkowo niewielka i obie z tych cen są najbardziej zbliżone do szacunku Zamawiającego. Zatem twierdzenia o braku rynkowości ceny PF w ofercie Softiq nie znajdują uzasadnienia, bowiem przy takiej rozbieżności cenowej nie sposób ustalić poziom ceny „rynkowej” – przy założeniu, że taką ceną jest również cena Odwołującego.

Ponadto Odwołujący podnosił, że jako jedyny jest w stanie zaoferować cenę na tym poziomie, wobec okoliczności, iż obecnie świadczy tę usługę dla Zamawiającego, co wiąże się z uprzywilejowaną pozycją i daleko idącymi oszczędnościami. Jednakże nie wykazał, że nie jest możliwym skalkulowanie ceny na niższym poziomie, a jedynie odnosił się do ww. okoliczności dotyczących postępowania z 2015 r. Przy tym zaznaczyć należy, że Przystępujący w toku wyjaśnień powołał się na okoliczności określone w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dotyczące oszczędności i sprzyjających warunków realizacji zamówienia oraz je wykazał, co potwierdziło realność ceny oferty.

Reasumując, analiza wyjaśnień ceny wraz z przedłożonymi dowodami oraz wyliczeniami pozwala na uznanie, że Zamawiający zasadnie przyjął, iż Przystępujący udowodnił realność zaoferowanej ceny. Opisane przez Softiq okoliczności wpływające na cenę, jak również przedstawienie podstaw ustalenia wysokości jej części składowych nie budzą wątpliwości w zakresie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ za zaoferowaną

cenę. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wielokrotność i złożoność wezwań do wyjaśnień nie świadczą o nienależytym przygotowaniu oferty i wyliczeniu ceny, a jedynie o dociekliwości Zamawiającego i różnym sposobie przedstawienia kalkulacji elementów ceny, z czego wynikały kolejne, uszczegóławiające żądania Zamawiającego, wezwania. Na podkreślenie zasługuje, że pomimo mnogości wezwań i ich szczegółowości, Przystępujący każdorazowo dochowywał należytej staranności udzielając wyjaśnień. Dzięki temu też nie doszło do ponownego wzywania w tym samym zakresie, co mogłoby zostać poczytane za faworyzowanie Przystępującego przez Zamawiającego. Softiq w składanych wyjaśnieniach uwzględnił i uzasadnił wszystkie wskazywane przez Odwołującego składniki ceny jak narzuty, marże, gwarancje, różnice wynikające z modyfikacji systemu, wzrost wynagrodzeń, uwzględnienie urlopów i dni chorobowych, zakup sprzętu i licencji itd.

Wobec powyższego Izba uznała, że Przystępujący wykazał realność ceny oferty i nie zaszyły przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zatem przedmiotowy zarzut nie potwierdził się.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że złożenie oferty Softiq stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uзнk. Czyn ów polegać miał na złożeniu oferty o nierealnej, zaniżonej cenie, ustalonej na poziomie poniżej kosztów wytwórczych ogólnych i bez uzyskania marży.

Wobec okoliczności, że zgodnie z oceną Izby Przystępujący wykazał realność oferowanej ceny, omawiany zarzut pozbawiony jest podstaw i jako taki podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....