

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Irmina Pawlik

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **Avility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Avility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Avility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego **Avility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju oraz transferu wiedzy Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 maja 2018 r. pod numerem 2018/S 084-189801. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 13 sierpnia 2018 r. wykonawca Avility Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny oferty złożonej przez Asseco Poland S.A. w Rzeszowie („Asseco”), w tym zaniechania uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w piśmie z 9 lipca 2018 r. stanowiącym wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty Asseco, gdyż zawiera rażąco niską cenę – Asseco nie udowodniło, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Asseco wykazało, iż informacje zawarte w piśmie z 9 lipca 2018 roku zawierającym wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy Asseco nie później niż na dzień złożenia przedmiotowych wyjaśnień nie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co powinno skutkować udostępnieniem Odwołującemu w całości pisma Asseco z 9 lipca 2018 roku (z ewentualnymi dowodami), czego Zamawiający bezprawnie zaniechał;  
a w przypadku, gdyby zarzut wskazany w pkt 1 powyżej nie potwierdził się (zarzuty ewentualne):
2. naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Asseco wykazało, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (kosztu) w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy złożone wyjaśnienia są ogólnikowe i gołosłowne, a zatem należy przyjąć, że Asseco mimo wezwania Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, nie złożyło wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 3

Ustawy Pzp, co wskazuje na zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Asseco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp,

3. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Asseco wykazało, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (kosztu) w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta Asseco zawiera rażąco niską cenę, co dowodzi zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Asseco na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Asseco jako najkorzystniejszej, udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Asseco z 9 lipca 2018 roku wraz z dowodami (jeśli jakiegokolwiek zostały złożone), ewentualnie (na wypadek nie uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) - o odrzucenie oferty Asseco na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż poprzez niezgodne z Ustawą Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem oferta Odwołującego - w przypadku prowadzenia postępowania przez Zamawiającego zgodnie z Ustawą Pzp - byłaby wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez bezprawne działania Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i w ten sposób możliwości uzyskania zamówienia. Dowodzi to naruszenia interesu Odwołującego oraz szkody i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i następnie Ustawy Pzp, a w szczególności do wniesienia odwołania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż wraz z wyjaśnieniami z dnia 9 lipca 2018 r. dotyczącymi elementów mających wpływ na wysokość ceny, wykonawca Asseco nie wykazał, że zawarte w tych wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, iż wykonawca Asseco zastrzegł, iż całość ww. pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w piśmie z dnia 3 sierpnia 2018 r., z którego wynikało, że informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy Asseco z dnia 9 lipca 2018 r. uznano za skutecznie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powołał się na brzmienie art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp oraz orzecznictwo KIO wskazujące, iż dopuszczalne jest zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w innych niż oferta dokumentach składanych w toku postępowania o zamówienie publiczne, w tym w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny (Odwołujący przywołał wyrok KIO z 5 maja 2015 r., sygn. akt KIO 761/15, 764/15). Następnie podniósł, iż w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy

informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny konieczne jest najpóźniej wraz ze złożeniem wyjaśnień wykazanie, że zawarte w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (Odwołujący przywołał wyrok KIO z 13 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2233/16 oraz wyrok KIO z 22 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1073/16). W ocenie Odwołującego orzecznictwo zawiera jednoznaczną dyrektywę postępowania, zgodnie z którą w przypadku składania w toku postępowania dokumentów, w których informacje zostają zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednocześnie należy wykazać zasadność zastrzeżenia, per analogiam stosując reguły wynikające z przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego okoliczności sprawy wskazują, iż Asseco nie sprostало ww. obowiązkowi, gdyż nie wykazało, że informacje zawarte w piśmie z 9 lipca 2018 roku dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia złożone wraz z ofertą w żaden sposób nie odnoszą się do treści zawartych w piśmie z 9 lipca 2018 roku. Asseco nie tylko nie przedstawiło jakichkolwiek wyjaśnień w omawianym zakresie i w wymaganym terminie, ale także nie udowodniło, że informacje zawarte w piśmie z 9 lipca 2018 roku dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W powyższym kontekście Odwołujący przywołał wyroki KIO z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2861/15, KIO 31/16; z dnia 21 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1013/16 oraz z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2022/16. Uwzględniając zaprezentowane stanowisko w realiach sprawy Odwołujący podniósł, iż Zamawiający bezpodstawnie uznał za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień Asseco z 9 lipca 2018 roku dotyczących rażąco niskiej ceny i w konsekwencji zaniechał udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z 9 lipca 2018 roku, uchybiając tym samym przepisom art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, iż zakreślenie przepisem art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp terminu na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, znajduje także odzwierciedlenie w postępowaniu przed KIO - składnie w toku rozprawy wyjaśnień lub dodatkowych dowodów skutkować powinno ich pominięciem. KIO bowiem uprawniona jest, aby ocenić jedynie te dowody i wyjaśnienia, które zostały złożone Zamawiającemu w terminie wynikającym z przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp (w tym przypadku - do 9 lipca 2018 roku). W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 385/17, wyrok KIO z 20 września 2016 r., sygn. akt KIO 1646/16 oraz wyrok KIO z 5 października 2016 r., sygn. akt KIO 1648/16.

Zdaniem Odwołującego wykazane naruszenie przez Zamawiającego Ustawy Pzp niewątpliwie uzasadnia uwzględnienie odwołania, gdyż może mieć wpływ na jego wynik w myśl przepisu art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp. Zaznaczył, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z 9 lipca 2018 roku mogą być wykorzystane

przez Odwołującego do skutecznego zakwestionowania prawidłowości oceny przez Zamawiającego oferty Asseco. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z 27 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1199/12, KIO 1205/12, wyrok KIO z 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 385/17, wyrok KIO z 6 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 102/17. W ocenie Odwołującego zaprezentowane przykładowo wyroki KIO wskazują, iż w realiach rozpatrywanej sprawy rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż rzutuje na możliwość formułowania w dalszym toku postępowania przez Odwołującego zarzutów dotyczących zaoferowania przez Asseco rażąco niskiej ceny. W odwołaniu Odwołujący sformułował zarzuty także odnoszące się do kwestii rażąco niskiej ceny, jednak kierował się w tym zakresie jedynie ostrożnością procesową przedstawiając argumentację z oczywistych względów niepełną i przede wszystkim oderwaną od faktycznej treści wyjaśnień Asseco. Dopiero zapoznanie się z tymi wyjaśnieniami pozwoli na postawienie konkretnych zarzutów odnoszących się do treści złożonych 9 lipca 2018 roku przez Asseco wyjaśnień.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, iż Zamawiający na podstawie przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp wezwał pismem z dnia 4 lipca 2018 roku wykonawcę Asseco do wyjaśnienia, czy oferta Asseco zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia stosownych dowodów dotyczących wyliczeń mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wymagał szczegółowego wyjaśnienia podstaw i sposobu obliczenia ceny ofertowej, w tym cen za poszczególne usługi wskazane odrębnie w formularzu ofertowym. Zamawiający podkreślił, iż Asseco zobowiązane jest wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi Asseco pismem z 9 lipca 2018 roku złożyło wyjaśnienia w całości obejmując ich treść tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego Odwołujący podkreślił, że zmuszony jest z ostrożności procesowej do formułowania i uzasadniania zarzutów w sposób ogólnikowy i oderwany od treści wyjaśnień. Odwołujący podniósł, iż Asseco zobowiązane było, w myśl przepisu art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. W przypadku braku wyjaśnień oferta, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp, powinna zostać odrzucona. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia wykonawcy Asseco z 9 lipca 2018 roku są ogólnikowe, lapidarne oraz niepoparte dowodami, zatem w konsekwencji nie sposób uznać, iż ich złożenie stanowi wypełnienie obowiązku wskazanego w art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp skonkretyzowanego w wezwaniu do wyjaśnień z 4 lipca 2018 roku. Zważywszy objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, iż nie ma możliwości przedstawienia jakiegokolwiek dalszej argumentacji w przedmiotowym zakresie. Zatem, w szczególności w przypadku nie potwierdzenia się zarzutu wskazanego w pkt. 1.1 odwołania, to wyłącznie KIO będzie mogła

zweryfikować zasadność postawionego zarzutu, bez możliwości uszczegółowienia argumentacji przez Odwołującego. Nadto należy wskazać na rozkład ciężaru dowodu w przedmiotowym zakresie - spoczywa on przede wszystkim na Asseco. Tym samym zdaniem Odwołującego Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Asseco na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp Odwołujący po raz kolejny podkreślił, iż formułuje i uzasadnia zarzuty z ostrożności procesowej w oderwaniu od treści wyjaśnień wykonawcy Asseco z 9 lipca 2018 r., których nie miał możliwości weryfikacji z uwagi na zastrzeżenie ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazał, iż zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia są niżej wymienione prace:

- a) Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego - Usługa Asysty Technicznej i Konserwacji świadczona będzie w zamian za stałe, miesięczne wynagrodzenie od dnia zawarcia Umowy. Zasady świadczenia Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji stanowią Załącznik nr 1 do Umowy;
- b) Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego w ramach maksymalnego limitu 20 000 Roboczogodzin - Usługa Modyfikacji i Rozwoju Systemu świadczona będzie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego, w maksymalnym wymiarze 20 000 Roboczogodzin w okresie od dnia zawarcia Umowy, jednak nie dłużej niż do wyczerpania przez Zamawiającego wyżej wymienionego limitu Roboczogodzin, w zamian za wynagrodzenie obliczone wg stawki godzinowej. Zasady świadczenia Usługi Modyfikacji i Rozwoju stanowią Załącznik nr 2 do Umowy;
- c) Usługi Transferu Wiedzy dla Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego w ramach maksymalnego limitu 500 Roboczogodzin - Usługa Transferu Wiedzy świadczona będzie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego, w maksymalnym wymiarze 500 Roboczogodzin w okresie od dnia zawarcia Umowy, jednak nie dłużej niż do wyczerpania przez Zamawiającego ww. limitu Roboczogodzin, w zamian za wynagrodzenie obliczone wg stawki godzinowej. Zasady świadczenia Usługi Transferu Wiedzy stanowią Załącznik nr 3 do Umowy.

Termin realizacji zamówienia liczony jest od dnia zawarcia Umowy do 28 grudnia 2020 r jednakże Zamawiający dla kalkulacji propozycji cenowej oświadczył, że należy odnosić się do 30 miesięcy.

Dalej Odwołujący zaznaczył, iż w SIWZ Zamawiający wymagał zapewnienia poniższych kompetencji i osób dla realizacji przedmiotu zamówienia:

- co najmniej jedna osoba na stanowisku kierownika projektu, która posiada kwalifikacje potwierdzone certyfikatem wydanym przez uprawniony podmiot niezależny od

Wykonawcy w zakresie stosowania powszechnie uznanych metodyk prowadzenia projektów i w okresie ostatnich trzech lat zdobyła doświadczenie kierownika projektu w co najmniej dwóch zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 300 000 zł brutto za każdy projekt (bez kosztów zakupu sprzętu, kosztów licencji oraz budowy infrastruktury), obejmujących swym zakresem budowę lub utrzymanie lub rozwój systemów informatycznych - w pełnym cyklu realizacji (analiza - projekt - wdrożenie);

- co najmniej jedna osoba na stanowisku architekta systemu, która w okresie ostatnich trzech lat zdobyła doświadczenie wykonując obowiązki architekta systemu w co najmniej dwóch zakończonych projektach informatycznych wartości co najmniej 300 000 zł brutto za każdy projekt (bez kosztów zakupu sprzętu, kosztów licencji oraz budowy infrastruktury), obejmujących swym zakresem projektowanie i budowę lub rozwój systemów informatycznych;
- co najmniej jedna osoba na stanowisku analityka, która w okresie ostatnich trzech lat zdobyła doświadczenie analityka w co najmniej dwóch zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 300 000 zł brutto za każdy projekt (bez kosztów zakupu sprzętu, kosztów licencji oraz budowy infrastruktury), obejmujących swym zakresem tworzenie założeń i identyfikowanie ograniczeń systemowych, analizy wymagań dla systemów informatycznych z wykorzystaniem technik modelowania BPMN 2.0 oraz UML;
- co najmniej dwie osoby na stanowisku programisty, które w okresie ostatnich trzech lat zdobyły doświadczenie programisty w co najmniej dwóch zakończonych projektach informatycznych o wartości co najmniej 300 000 zł brutto za każdy projekt (bez kosztów zakupu sprzętu, kosztów licencji oraz budowy infrastruktury), zrealizowanych z wykorzystaniem technologii Java oraz każda z tych osób posiada co najmniej dwuletnie doświadczenie w projektowaniu i programowaniu systemów wykorzystujących relacyjne bazy danych;
- co najmniej jedna osoba na stanowisku specjalisty ds. baz danych, która posiada co najmniej trzyletnie doświadczenie w zakresie administrowania i utrzymania systemów informatycznych wykorzystujących bazę danych IDS Informix;
- co najmniej jedna osoba na stanowisku specjalisty ds. administrowania systemowego, który posiada co najmniej trzyletnie doświadczenie w zakresie administrowania systemami operacyjnymi i infrastrukturą teleinformatyczną.

Łączny zespół projektowy to minimum 7 osób.

Odwołujący wskazał także, iż wartość szacunkowa zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 5 596 992 zł. Kwota jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia to 6 884 300 zł.



Następnie Odwołujący przedstawił złożone w postępowaniu oferty, w tym w sposób szczegółowy (w formie tabeli) przedstawił informacje wynikające z oferty wykonawcy Asseco z uwzględnieniem kosztu miesięcznego i kosztu maksymalnego za cały okres trwania umowy Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji, kosztu za jedną roboczogodzinę i kosztu maksymalnego za 20 000 roboczogodzin Usługi Modyfikacji i Rozwoju, kosztu za jedną roboczogodzinę i kosztu maksymalnego za 500 roboczogodzin Usługi Transferu Wiedzy oraz łącznej kwoty brutto za realizację zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż Asseco zaproponowało wykonanie prac za kwotę 59,60 PLN brutto za godzinę w ramach Usług Modyfikacji i Rozwoju oraz w kwocie 65,57 brutto za godzinę za usługę Transferu wiedzy. Stanowi to odpowiednio kwotę 476,8 oraz 524,56 brutto za jeden dzień roboczy (8 godzin). Ww. kwoty są kwotami znacznie odbiegającymi od cen rynkowych i stanowią kwoty poniżej kosztów wytworzenia, nie zawierają wszystkich kosztów, a w związku z tym są to ceny rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, iż rażąco niska cena jakkolwiek nie została zdefiniowana w Ustawie Pzp to orzecznictwo KIO wypracowało, jakie czynniki należy uwzględniać przy ocenie, czy cena jest rażąco niska. Przede wszystkim będzie to cena niższa niż koszt wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich elementów rzutujących na ten koszt, w tym ryzyk kontaktowych związanych z wykonaniem zamówienia, kosztów personelu (wynagrodzeń) oraz zysku, który musi wynikać bezpośrednio z realizacji zamówienia, a nie być upatrywany w źródłach z nim nie związanych. W tym kontekście Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 21 stycznia 2014 roku, sygn. akt KIO 3012/13, wyrok KIO z 19 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 216/14, wyrok KIO z 24 stycznia 2014 roku, sygn. akt KIO 32/14, a także wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 88/09) oraz wyrok Sądu Okręgowego z 21 czerwca 2010 roku, sygn. akt XIX Ga 175/10).

Nadto Odwołujący wywiódł, iż jak wynika z doświadczenia, analizy przedmiotu zamówienia i SIWZ, na oferowaną stawkę muszą składać się przynajmniej następujące koszty:

- koszt pracy/robocizny - w tym przypadku jest to koszt jednego lub kilku specjalistów delegowanych do realizacji zadania,
- marża - różnica między ceną sprzedaży dobra a ceną jego zakupu, określająca nadwyżkę (zysk) uzyskiwaną ze sprzedaży dobra ponad bezpośrednie koszty jego uzyskania. Może być wyrażona kwotowo lub procentowo. W przypadku składania ofert zazwyczaj zakłada się, że marża będzie wyrażana procentowo. W późniejszej realizacji prac i po materializacji np. ryzyk projektowych często zdarza się, że zakładana marża jest inna niż planowana (Odwołujący przywołał wyrok KIO z 29 stycznia 2014 roku, sygn. akt KIO 61/14);

- ryzyko projektowe - zakładane koszty projektowe związane z realizacją zadań jakich nie można było przewidzieć podczas składania ofert np. są to koszty dodatkowego pozyskiwania wiedzy czy to w formie szkoleń personelu czy też np. zapoznanie się z produktem którego dotyczy projekt,
- gwarancja - koszty jakie należy wkalkulować w cenę, a które ponosi wykonawca po zakończeniu realizacji projektu. Zazwyczaj są związane z usuwaniem wad i usterek do wytworzonego produktu,
- rozszerzone koszty ogólnozakładowe - są to koszty nie związane bezpośrednio z realizacją projektu, ale są ponoszone przez wykonawcę; koszty te dotyczą np. wynajmu biura, kosztów zarządu i administracji, spłata kredytów lub leasingów, dostawcy innych usług jak np. Internet, prąd, które są konieczne do prowadzenia działalności gospodarczej,
- koszty handlowe - koszty pozyskiwania zleceń przez wykonawcę związane z opłaceniem pracy pracowników nad wyceną ofert, kalkulacją kosztów itp.; Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Transferu Wiedzy konieczne do realizacji na podstawie zawartej w wyniku Postępowania Umowy będą realizowane na zasadzie zleceń prac, co oznacza, że Zamawiający w miarę potrzeby przedstawiać będzie zakres prac do wykonania, a wykonawca na podstawie posiadanych informacji szacuje wartość zamówienia (np. w dniach roboczych) - w przypadku akceptacji przez Zamawiającego przedstawionej wyceny, wykonawca może rozpocząć realizacji zlecenia.

Wszystkie wyżej wymienione koszty w ocenie Odwołującego muszą się zawrzeć w oferowanej stawce wykonawcy i doprowadzić do sytuacji, że osiągnie on zysk. Należy mieć także świadomość faktu, że uzyskana marża jest opodatkowana np. podatkiem dochodowym, co nie będzie przedmiotem dalszej analizy, ale należy mieć świadomość jego istnienia.

Następnie Odwołujący przedstawił analizę dotyczącą kosztów Usług Modyfikacji i Rozwoju oraz Usług Transferu wiedzy na dowód, że cena za dzień roboczy w kwocie zaoferowanej przez Asseco jest rażąco niska, gdyż nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ za zaoferowaną cenę. W zakresie kosztów stałych Usług Modyfikacji i Rozwoju wskazał po pierwsze na marżę, którą zakłada się na określonym poziomie procentowym. Z uwagi na pozycję i wielkość firmy, jaką jest Asseco, nie zakłada się, że tak duża spółka zdecydowałaby się na realizację projektu poniżej marży na poziomie 10%. Odwołujący podniósł, iż zakładając 10% marżę na dniówce uzyskuje się kwotę w wysokości 47,68 zł brutto na jednym dniu roboczym. W drugiej kolejności Odwołujący wskazał na ryzyko projektowe, które zakładając na poziomie 3% daje kwotę 14,30 zł brutto na jednym dniu roboczym. Dalej wskazał na gwarancję przewidzianą przez Zamawiającego dla Usług

Modyfikacji i Rozwoju w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - zakładając 15% koszty gwarancji uzyskuje się kwotę w wysokości 71,52 zł brutto na jednym dniu roboczym. Następnie Odwołujący zwrócił uwagę na rozszerzone koszty ogólnozakładowe, wskazując, iż przyjął w kalkulacji ogólnodostępne źródła pozyskane ze strony <https://ekrs.ms.gov.pl>. Na podstawie analizy sprawozdania rocznego za 2017 roku istnieje możliwość wykazania kosztów, które Asseco zobowiązane było uwzględnić w kalkulowaniu stawek przyjętych w ofercie. Analiza sprawozdania m.in. w dziale „Struktura przychodów ze sprzedaży i kosztów działalności operacyjnej” w ocenie Odwołującego wskazuje jednoznacznie, że zaoferowane stawki stanowią cenę rażąco niską. Z obliczeń Odwołującego wynika, że rozszerzone koszty ogólnozakładowe w przeliczeniu na dniówkę pracownika wynoszą 165,78 zł. W zakresie kosztów handlowych Odwołujący podniósł, iż koszty te należy uwzględnić z uwagi na specyfikę zamówienia, tj. zlecenie prac wykonawcy realizowane jest na zasadzie wycen zadań przedstawionych każdorazowo przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż we wcześniej realizowanym zamówieniu polegającym na utrzymaniu i rozwoju tego Systemu (Usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju, transferu wiedzy oraz dostosowania dokumentacji technicznej Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego, znak sprawy ZP/02/16) na zakładanych do realizacji 15 000 roboczogodzin, zleconych wykonawcy zostało 11 759 roboczogodzin w ramach 92 zamówień prac (w załączeniu Odwołujący przedstawił wykaz zamówień i e-mail z informacją o wykorzystanych roboczogodzinach). Przyjmując podobny model zamawiania, można szacować, że w ramach niniejszej umowy będzie około 123 zamówień modyfikacji, a skonsumowanych, zamówionych u wykonawcy w ramach Usług Modyfikacji i Rozwoju zostanie 15 678,67 roboczogodzin. Ponadto mieć na względzie należy fakt, że zamówienia modyfikacji posiadają ściśle określony kształt i proces określony i zdefiniowany w SOPZ i Umowie. Zgodnie z załącznikiem numer 2 do Umowy - „Wykonawca w ciągu 5 Dni Roboczych od przekazania wniosku przedstawi Zamawiającemu projekt zawierający w szczególności:

- opis oraz zakres dziedziny lub funkcjonalności systemu oraz specyfikację wymagań biznesowych (głównie obszar funkcjonalny), które będą przedmiotem prac;
- jeśli jest taka potrzeba - opis architektury po zmianach (głównie perspektywa biznesu, perspektywa logiczna oraz perspektywa danych);
- opis elementów struktury (komponentów, podmodułów, itp.), opis interfejsów po zmianach, opis głównych scenariuszy działania w tym opis algorytmów po zmianach, opis interfejsów po zmianach, opis logicznego modelu danych wykorzystywanych w modułach, opis modelu wdrożenia;
- opis ewentualnych szkoleń;
- schemat uprawnień po zmianach;
- wycenę prac w Roboczogodzinach;

- harmonogram realizacji prac;
- zakres niezbędnego współdziałania Zamawiającego;
- informację o wpływie realizacji usługi na integralność, wydajność oraz bezpieczeństwo Systemu; informację o wykorzystaniu rozwiązań autorstwa podmiotów trzecich, opis uwarunkowań prawnych zastosowania tych rozwiązań oraz wykaz niezbędnych licencji do uruchomienia zmian."

Zgodnie z powyższym na każdą zamówioną roboczogodzinę przypadają prace handlowe związane z negocjacją, przygotowaniem wyceny, harmonogramu itp. Następnie Odwołujący w formie szczegółowej tabeli przedstawił koszt, jaki jest kosztem wykonawcy (i musi być wliczony w zaoferowaną stawkę w ofercie) na uzgodnienie i podpisanie jednego zamówienia. Tabela zawierała dane w zakresie ilości osób biorących udział w danym zadaniu, ich roli, ilości spotkań i ilości godzin. Przyjmując, że prace są realizowane po stawce z oferty koszt podpisania 1 zamówienia wynosi 1 370,80 zł brutto. Przyjmując 123 zamówienia na realizację umowy całkowity koszt wynosi 168 608,40 zł brutto. Koszt handlowy w przeliczeniu na oszacowaną liczbę godzin, jaka zostanie skonsumowana (15 678) wynosi 86,03 zł brutto za każdą roboczogodzinę (Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie w powyższym zakresie).

Podsumowując Odwołujący przedstawił sumaryczne zestawienie kosztów składających się na roboczodniówkę (suma kosztów: 385,32 zł), z którego wynika, iż w planowanej przez Asseco dniówce, po odliczeniu oszacowanych kosztów, pozostało jedynie 91,48 zł brutto na zapłacenie za realizację usługi pracownikowi, co daje miesięczne wynagrodzenie w wysokości 1829,69 zł brutto – czyli poniżej minimalnej krajowej.

Następnie Odwołujący przedstawił analogiczne porównanie dla Usługi Transferu Wiedzy. W zakresie marży wskazał, iż przy założeniu marży na poziomie 10% na dniówce uzyskuje się kwotę 52,46 zł brutto na jednym dniu roboczym. W przypadku Usług Transferu Wiedzy Odwołujący założył, iż ryzyko projektowe nie występuje, nie występuje również usługa gwarancji. W zakresie rozszerzonych kosztów ogólnozakładowych Odwołujący przedstawił analogiczną kalkulację jak dla Usług Modyfikacji i Rozwoju. Każdy dzień pracownika przepracowany na projekcie zarobkowym, przy założeniu 250 dni roboczych w roku, obciążony jest kwotą 165,78 zł, aby pokryć koszty związane z bieżącą działalnością spółki Asseco. W zakresie kosztów handlowych Odwołujący wskazał, iż z uwagi na specyfikę zamówienia zlecenie prac wykonawcy realizowane jest na zasadzie wycen zadań przedstawionych przez Zamawiającego. Z uwagi na małą liczbę godzin (500h dla całej umowy) dla Usług Transferu Wiedzy Odwołujący założył, że cała liczba godzin zostanie zlecona jednym zamówieniem. Zamówienia transferu wiedzy posiadają ściśle określony kształt i proces określony w SOPZ i Umowie. Zgodnie z załącznikiem numer 3 do Umowy -

„Wykonawca w ciągu 5 Dni Roboczych od przekazania wniosku przedstawi Zamawiającemu projekt, zawierający w szczególności:

- opis oraz zakres szkolenia;
- harmonogram szkolenia;
- wycenę w Roboczogodzinach;
- zakres niezbędnego współdziałania Zamawiającego;
- informację o przewidywanym wykorzystaniu rozwiązań autorstwa podmiotów trzecich oraz opis uwarunkowań prawnych zastosowania tych rozwiązań."

Zgodnie z powyższym na każda zamówioną roboczogodzinę przypadają prace handlowe związane z negocjacją, przygotowaniem wyceny, harmonogramu itp. W formie tabeli Odwołujący przedstawił koszt, jaki jest kosztem wykonawcy (i musi być wliczony w zaoferowaną stawkę w ofercie) na uzgodnienie i podpisanie jednego zamówienia. Tabela zawierała dane w zakresie ilości osób biorących udział w danym zadaniu, ich roli, ilości spotkań i ilości godzin. Przyjmując, że prace są realizowane po stawce z oferty Asseco koszt podpisania 1 zamówienia wynoszą 536,40 zł brutto. Koszt w przeliczeniu na maksymalną liczbę godzin - 500h, wynosi 8,58 zł brutto na każdą roboczogodzinę (Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie w powyższym zakresie).

Podsumowując Odwołujący przedstawił sumaryczne zestawienie kosztów składających się na roboczodniówkę (suma kosztów: 226,82 zł), z którego wynika, iż w planowanej przez Asseco dniówce, po odliczeniu oszacowanych kosztów, pozostało jedynie 297,74 zł brutto na zapłacenie za realizację usługi pracownikowi, co daje miesięczne wynagrodzenie w wysokości 5 954,84 zł brutto. Odwołujący podniósł, iż można byłoby uznać, że jest to stawka pozwalająca na osiągnięcie marży jednak biorąc pod uwagę konieczność opodatkowania, to kwota jaką można byłoby osiągnąć to około 5100 zł brutto, co pozwala na realizację projektu pracownikami opłacanymi na poziomie prawie 3 500 netto. W ocenie Odwołującego - zważywszy stawki wynagrodzenia obowiązujące na rynku - taka kwota nie pozwala na zapewnienie zespołu wymaganego przez Zamawiającego.

Następnie Odwołujący wskazał, iż analizując ofertę Asseco należy mieć na względzie, że w 2016 roku odbyło się postępowanie (analogiczne do obecnego) na Usługi asysty technicznej i konserwacji, modyfikacji i rozwoju, transferu wiedzy oraz dostosowania dokumentacji technicznej Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego, znak sprawy ZP/02/16, które wygrała firma Asseco z ofertą 2 490 640 zł ze stawkami 106 zł za roboczogodzinę zarówno za Usługi Modyfikacji i Rozwoju, jak i Usługi Transferu Wiedzy (Odwołujący przedstawił porównanie zamówień i ofert Asseco w ww. postępowaniu i obecnym).

Dalej Odwołujący przedstawił główne czynniki, jakie należy brać pod uwagę przy kosztach

realizacyjnych. Po pierwsze wskazał na inflację i w tym zakresie powołał się na komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, zgodnie z którym inflacja w 2017 r. wynosiła 2%. Po drugie wskazał na wzrost wynagrodzenia, który nastąpi w przeciągu kolejnych lat. Podniósł, iż miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw brutto w 2016 roku wynosiło średnio 4 277 zł, w 2017 roku - 4 530 zł, a w 2018 roku - II kwartał: 4813 zł, czyli od 2016 roku wzrosło o blisko 13%. Następnie wskazał na zwiększenie zakresu funkcjonalności Systemu - w ramach realizacji umowy w latach 2016-2018 system został rozbudowany o funkcjonalności stanowiące przedmiot 92 zamówień (wykaz stanowił załącznik do odwołania). Łączna wielkość zleconych prac związanych z powiększeniem zakresu funkcjonalnego projektu została zrealizowana z wykorzystaniem 11 759 godzin roboczych.

Podsumowując Odwołujący wskazał, iż uwzględniając inflację, wzrost wynagrodzeń oraz fakt, że System został rozbudowany, stawki za roboczogodzinę nie tylko powinny być niższe o blisko 40%, lecz powinny wzrosnąć. Przypomnieć należy, że stawki za roboczogodzinę w 2016 roku wynosiły 106 zł a aktualnie 59,60 za roboczogodzinę Usługi Modyfikacji i Rozwoju i 65,57 zł za Usługę Transferu Wiedzy. Powyższe dowodzi, że cena zaoferowana przez Asseco jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący raz jeszcze podkreślił, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana cena lub jej istotne składniki cenowe nie są rażąco niskie, co znaczy, iż możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową za zaoferowaną ceną. Cena musi pokrywać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (w tym koszty ogólnego zarządu) i zapewniać zysk. Podniósł, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile są wskazane), ale także zobowiązany jest dokonać oceny realności założeń przyjętych przez wykonawcę odnośnie czasochłonności pracy i zaangażowania osobowego w realizację zamówienia, co do realności wysokości wynagrodzeń w danej branży oraz zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz odnośnie realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia. Podstawa wyjaśnień powinna być zatem szczegółowa kalkulacja cenowa oparta na realnych założeniach oraz realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ oraz wskazująca dowody na poparcie twierdzeń wykonawcy (zgodnie z żądaniem Zamawiającego zawartym w piśmie z 4 lipca 2018 roku). Zdaniem Odwołującego Zamawiający w realiach sprawy nie sprostał ww. wytycznym dotyczącym sposobu oceny wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny, skoro w wyniku przedmiotowej oceny nie odrzucił oferty Asseco z postępowania.

Na koniec Odwołujący dodał, iż w toku postępowania odwoławczego, w granicach zakreślonych zarzutami odwołania, badana jest czynność Zamawiającego polegająca na ocenie oferty (złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień) danego wykonawcy

w kontekście zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zatem uzupełnianie przez Asseco wyjaśnień złożonych Zamawiającemu o nowe argumenty czy podnoszenie nowych okoliczności, dodatkowych wyliczeń czy przedstawianie dopiero w tej fazie postępowania przed KIO dowodów jest niedopuszczalne i nie może być uwzględnione w ocenie zarzutów odwołania. Asseco zobowiązane było bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy złożyć stosowne wyjaśnienia i dowody. Złożenie ich w terminie późniejszy należy ocenić jako nieuprawnione i nie mogące wywoływać skutków prawnych.

Zamawiający w dniu 27 sierpnia 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Wskazał, iż w dniu 24 sierpnia 2018 r. odtajnił część pisma wykonawcy Asseco z dnia 9 lipca 2018 r. i przekazał jego kopię Odwołującemu drogą mailową. Zamawiający stanął na stanowisku, iż w pozostałym zakresie pismo to zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które zostały w sposób skuteczny zastrzeżone przez wykonawcę Asseco. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż treść wyjaśnień wykonawcy Asseco nie budziła wątpliwości w zakresie tego, że wykonawca ten w sposób skuteczny dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający zwrócił uwagę, iż w treści pisma z 9 lipca 2018 r. wykonawca Asseco wskazał czy i dlaczego informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny stanowią informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, w szczególności wskazał jakie informacje oraz dlaczego traktuje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, wykazał jakie środki techniczne oraz organizacyjne zostały podjęte w celu ochrony tych informacji, wykazał, że informacje te nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, a także wykazał dowodami w postaci dokumentów, w jaki sposób chronione są kluczowe informacje będące w posiadaniu pracowników realizujących zadania w zakresie obsługi systemu NEO. W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia w zakresie tak całości dokumentu, jak i w szczególności oświadczenia o zastrzeżeniu informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa są konkretne, rzeczowe, adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia wykonawcy Asseco zawierają wymagane informacje przedstawione w sposób szczegółowy i wyczerpujący. Zamawiający wskazał, iż Asseco jest wykonawcą, który dotychczas świadczył usługi asysty technicznej i rozwoju systemu NEO, jest także wytwórcą systemu NEO, a od 2003 roku zajmuje się też świadczeniem usług jego utrzymania i rozwoju. Kompleksowa znajomość zastosowanych technologii, budowy i sposobu działania systemu ma niewątpliwie znaczący wpływ na konieczność zaangażowania pracowników w wykonywanie zadań, co poza tym pozwala ograniczyć ryzyko projektowe do minimum. Zamawiający przedstawił także jak kształtowały

się stawki opłat za wykonanie usług asysty technicznej i rozwoju podczas dotychczasowej współpracy z wykonawcą Asseco i wskazał, iż koszty asysty technicznej i konserwacji systemu uległy zmianie o 3,12% wzrostu kosztów w stosunku do poprzedniej umowy, natomiast w przypadku wartości roboczogodziny spadek kosztów wynosi 44%. Zdaniem Zamawiającego spadek ceny w kolejnych umowach zawieranych z wykonawcą Asseco spowodowany jest w dużej mierze tym, że system NEO po etapie budowy oraz wdrożenia, a także po wykonaniu skomplikowanych modyfikacji w poszczególnych modułach nie wymaga obecnie wysokich nakładów po stronie wykonawcy przy budowaniu zupełnie nowych modułów o nowych funkcjonalnościach. Obecne modyfikacje, które wdraża lub planuje wdrożyć Zamawiający, dotyczą zmian i ewentualnej rozbudowy w istniejących modułach, co jest istotnie mniej skomplikowane i nie wymaga aż tak znacznego nakładu pracy jak było konieczne we wcześniejszych fazach cyklu życia produktu. W tym też zakresie wiedza i doświadczenie zespołu wykonawcy w znajomości budowanego od podstaw oprogramowania, przy praktycznie braku fluktuacji w zakresie kadr dedykowanych dla realizacji zamówienia pozwala na wykonanie zleconych modyfikacji w sposób sprawniejszy, szybszy, bez konieczności ponoszenia istotnych nakładów związanych z zaangażowaniem zespołu. Wieloletnia współpraca z dotychczasowym zespołem wskazuje ponadto, że nie ma konieczności, aby zespół ten pozyskiwał nowe kompetencje, doszkalał się w jakiś znaczący i istotny sposób na potrzeby realizacji usług na rzecz Zamawiającego, a kompetencje w zakresie znajomości architektury systemu, zastosowanych rozwiązań, najczęściej występujących incydentów oraz sposobu radzenia sobie z takimi incydentami w chwili obecnej już jest w zespole wykształconym na poziomie pozwalającym świadczyć usługi w sposób należyty.

Zamawiający podniósł ponadto, iż przy wykonywaniu symulacji kosztowych Odwołujący przyjął sposób liczenia kosztów tak, jakby cały zespół był oddelegowany tylko do realizacji świadczenia usług u Zamawiającego (zespół dedykowany), a gdyby tak było (czego treść SIWZ nie potwierdza), to w istocie oferta każdego z wykonawców byłaby uznana za rażąco niską, gdyż koszty takiego dedykowanego zespołu są znacząco wyższe. Pracownicy są zaangażowani w realizację projektu na rzecz Zamawiającego w określonej części miesięcznego wymiaru czasu pracy, ponieważ nie ma w chwili obecnej potrzeby ciągłego monitorowania funkcjonowania systemu - przez lata wypracowane mechanizmy pozwalają ograniczyć nakład pracy ze strony wykonawcy do minimum. Zamawiający wskazał także, iż wykonawca Asseco w chwili obecnej posiada wymagane środowisko developerskie i nie będzie ponosić dodatkowych kosztów dotyczących zakupu infrastruktury czy wymaganych licencji na potrzeby realizacji zadania, co w przypadku innych wykonawców będzie miało miejsce.



Zamawiający odniósł się również szczegółowo do sposobu przeprowadzenia symulacji w zakresie kosztów handlowych wskazując m.in., iż dokonane przez Odwołującego szacowanie 184 roboczogodzin na samo uzgodnienie i podpisanie zamówienia jest nieprawidłowe i nigdy nie miało miejsca w przypadku Zamawiającego. Dotychczasowa praktyka wskazuje, że średni czas na omówienie i przygotowanie projektu w trakcie trwania ostatniej umowy to 15,5 roboczogodziny na jedną zmianę (sumarycznie koszty projektów we wszystkich wprowadzonych modyfikacjach wyniosły 1 427 roboczogodzin, czyli 12% z wykorzystanych 11 759). Zamawiający wskazał ponadto, że wszelkie działania w ramach wykonywania usługi modyfikacji i rozwoju mają na celu zarówno rozbudowę systemu o nowe funkcjonalności, ale także zwiększenie wydajności, czy poprawę/ulepszenie procesu automatyzacji działań. W ciągu ostatnich lat w systemie nie odnotowano żadnej awarii, natomiast drobne usterki dotyczyły najczęściej nieprawidłowości powstałych po implementacji modyfikacji i dotyczyły jedynie wybranych, niewielkich części systemu. System NEO od początku powstania był systematycznie rozbudowywany i udoskonalany, a w chwili obecnej działa on bardzo stabilnie i spełnia założone wymagania opisane w dokumentacji projektowej, co w ocenie Zamawiającego implikuje znacząco niższy nakład pracy związany z asystą techniczną i istotny spadek ryzyka projektowego w zakresie występowania problemów czy błędów w systemie.

Następnie Zamawiający odniósł się do poszczególnych tez odwołania wskazując na błędne założenia przyjęte przez Odwołującego. W zakresie kosztów robocizny Zamawiający wskazał jakie czynniki w jego ocenie mają wpływ na obniżenie ceny roboczogodziny zadania nr 2 i 3 objętego przedmiotem zamówienia. Odnośnie marży podniósł, iż w treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Asseco znajduje się szczegółowe wyjaśnienie w zakresie przyjętej marży, jej poziomu oraz sposobu skalkulowania, a wyliczenia te nie budzą wątpliwości. Ryzyko projektowe należy ocenić jako niskie dla wykonawcy Asseco, na co wpływa fakt posiadania zespołu o wysokich kompetencjach w zakresie całości systemu NEO, dotychczasowe doświadczenie w realizacji zadania na tym systemie, znajomość potencjalnych zakresów występowania incydentów oraz sposobów ich usuwania, posiadania już sfinansowanego środowiska testowego (sprzęt oraz oprogramowanie). Odnośnie gwarancji wskazał, iż ryzyko w zakresie świadczeń gwarancyjnych w niniejszym projekcie dla wykonawcy Asseco należy ocenić na bardzo niskim poziomie z powodu posługiwania się zespołem o wysokich kompetencjach w zakresie znajomości systemu. Dotychczasowa praktyka realizacji zleceń wskazuje, że nie zdarzyły się jeszcze roszczenia gwarancyjne dotyczące wytworzonych elementów oprogramowania. Zamawiający wskazał także, że gwarancja w przedmiotowym zamówieniu kończy się z okresem na jaki została zawarta umowa o świadczenie usług (gwarancja nie obejmuje czasu po zakończeniu realizacji

umowy). Odnośnie rozszerzonych kosztów ogólnozakładowych Zamawiający podniósł, iż nawet jeżeli przyjąć, że wskazane dane są prawidłowe to Zamawiający nie wymagał i nie wymaga stałej pracy przy projekcie i rozliczania go w systemie dniówkowym. Zespół przeznaczony do realizacji zadania jest określany przez wykonawcę, a Zamawiający nie oczekuje i nie ogranicza możliwości wykorzystania pracowników wykonawcy do innych zadań i innych projektów. Odnośnie kosztów handlowych Zamawiający powołał się na wcześniej przedstawioną argumentację, że przyjęta metoda wyliczenia oraz liczba godzin pracy niezbędna dla poniesienia kosztów handlowych jest nieadekwatna oraz nie znajduje pokrycia w praktyce Zamawiającego. W kontekście inflacji Zamawiający podniósł, iż nie jest to czynnik, który musi mieć wpływ bezpośredni na cenę jednostkową danego kontraktu. Inflacja jest zjawiskiem, które winno być uwzględniane na poziomie makroekonomicznym z punktu widzenia funkcjonowania przedsiębiorstwa. Ponadto inflacja może być niwelowana poprzez spadek kosztów w danym projekcie czy też uwolnienie dotychczasowych zasobów lub przeznaczenie ich w określonym zakresie do innych projektów. Odnośnie wzrostu wynagrodzeń wskazał, iż jest to zjawisko występujące w gospodarce i nie ma ono bezpośrednio przełożenia na wzrost kosztów świadczenia usługi, jeżeli presja na wzrost wynagrodzeń w danym przedsiębiorstwie nie doprowadzi do ich faktycznego podniesienia. Innymi słowy jeżeli dana grupa pracowników ma wynagrodzenia na adekwatnym poziomie to nie występuje automatycznie wzrost wynagrodzeń. Z przedstawionych do wyjaśnień załączników wynika, że wykonawca Asseco dysponuje stabilnym, wieloletnim zespołem wynagradzanym na poziomie spotykanym w branży IT. Odnośnie zwiększenia zakresu funkcjonalności systemu Zamawiający wskazał, iż ryzyko to jest na bardzo niskim poziomie biorąc pod uwagę stadium rozwoju systemu, zakres zapotrzebowania Zamawiającego na nowe funkcjonalności (brak takowych, potrzeby zdefiniowane są na poziomie usprawnień, ulepszeń, zmian wynikających z przepisów prawa etc.).

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 9 sierpnia 2018 r. pismo procesowe złożył również wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przedstawiając szczegółową argumentację w zakresie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego i wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, iż w wyjaśnieniach z 9 lipca 2018 r. zawarł uzasadnienie dla zastrzeżenia informacji zawartych w tym piśmie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zwrócił także uwagę, iż w treści odwołania brak jest zarzutów w zakresie niewykazania przez wykonawcę Asseco spełnienia przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał również, że do wyjaśnień załączono 12 dowodów potwierdzających zasadność kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, zaś w samych wyjaśnieniach zamieszczono szczegółowe kalkulacje ceny za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Wykonawca Asseco w treści pisma

odniósł się także do podstaw faktycznych zarzutów odwołania w zakresie marży, ryzyka projektowego, gwarancji, rozszerzonych kosztów ogólnozakładowych oraz kosztów handlowych.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania Izba w pierwszej kolejności dokonała oceny czy spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp, tj. czy Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp. Mając na względzie, iż czynności Zamawiającego, których zgodność z przepisami Ustawy Pzp Odwołujący kwestionował, doprowadziły w efekcie do wyboru oferty innego wykonawcy, gdy tymczasem w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący miał szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie, Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Na posiedzeniu w dniu 28 sierpnia 2018 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Przystępujący”) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp, dopuszczając ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Przystępującego, pismo Zamawiającego z dnia 4 lipca 2018 r., wyjaśnienia Przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r., korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Odwołującym w zakresie odtajnienia treści wyjaśnień Przystępującego z 9 lipca 2018 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba uwzględniła również dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz uzupełnioną na rozprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika

postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 28 sierpnia 2018 roku. Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania i pisma procesowego z dnia 28 sierpnia 2018 r.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest świadczenie Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego; Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego w ramach maksymalnego limitu 20 000 Roboczogodzin; Usługi Transferu Wiedzy dla Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego w ramach maksymalnego limitu 500 Roboczogodzin. Szczegółowe zasady realizacji zobowiązań wykonawcy w ramach przedmiotu zamówienia, w tym zasady świadczenia usług, określają Załącznik nr 1 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” oraz Załącznik nr 8 do SIWZ „Istotne dla Stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści Umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

W Rozdziale XVI SIWZ Zamawiający wskazał opis sposobu obliczenia ceny. Podał m.in., iż cena oferowana za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III, w Załączniku nr 1 i w Załączniku nr 8 do SIWZ, winna być umieszczona na Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, wyrażona w złotych polskich i zaokrąglona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty związane z należyтым wykonaniem przedmiotu zamówienia łącznie z aktualnie obowiązującą stawką podatku VAT. Powinna ona obejmować wszystkie składniki związane z wykonaniem zamówienia, które są niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia.

W Rozdziale XIX pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt lub części składowe ceny wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwróci się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 5 596 992 zł brutto. Podczas otwarcia ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynoszącą 6 884 300 zł brutto. W postępowaniu wpłynęły oferty trzech wykonawców: oferta Przystępującego z ceną 2 240 619,80 zł brutto, oferta Odwołującego z ceną 5 955 250,00 zł brutto oraz oferta wykonawcy Comarch Polska S.A. z ceną 7 870 001,40 zł brutto.

Zamawiający w dniu 4 lipca 2018 r. wystosował do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp. Zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczeń mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Ponadto Zamawiający wezwał do szczegółowego wyjaśnienia podstaw i sposobu obliczenia ceny ofertowej, w tym cen za poszczególne usługi wskazane odrębnie w formularzu ofertowym. W szczególności kalkulacja powinna obejmować obszary: Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego; Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego w ramach maksymalnego limitu 20 000 Roboczogodzin; Usługi Transferu Wiedzy dla Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego w ramach maksymalnego limitu 500 Roboczogodzin, inne czynniki mające wpływ na wartość oferty. Zamawiający wymagał wyjaśnienia i wskazania, które elementy przedmiotu zamówienia określone w SIWZ wykonawca traktuje jako cenowo i kosztotwórcze.

W dniu 9 lipca 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 1 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu części dokumentów złożonych przez Przystępującego w postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei w dniu 24 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu fragmentów pisma Przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r. zawierającego wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – tj. str. 1, str. 2 pkt I, str. 12-13. Jednocześnie wskazał, iż w pozostałym zakresie informacje przedstawione w ww. piśmie pozostają nieujawnione.

Odtajniona część wyjaśnień Przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r. zawierała informacje o uwzględnieniu w cenie oferty wykonania wszystkich czynności wyszczególnionych w

SIWZ, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia i wzorze umowy. W odtajnionym punkcie I wyjaśnień (str. 2) Przystępujący wskazał okoliczności związane z dotychczasową długoletnią współpracą z Zamawiającym w zakresie obsługi Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego. Powołał się m.in. na przyjęte podczas kalkulacji kosztów założenie w zakresie istotnej optymalizacji zasobów, a co za tym idzie kosztów, ze względu na wykorzystanie kompetencji specjalistów realizujących usługi w ramach dotychczasowych umów z Zamawiającym, jak również na możliwość wykorzystania istniejącej, posiadanej i zamortyzowanej infrastruktury sprzętowo – softwarowej tworzącej niezbędne do realizacji zamówienia środowisko dewelopersko-testowe. W dalszej części wyjaśnień (str. 3 – 11) Przystępujący przedstawił kalkulację kosztów oferty oraz inne czynniki mające wpływ na wartość oferty - treść tych informacji została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Na str. 12-13 wyjaśnień (odtajniona część pisma) znajdowało się uzasadnienie zastrzeżenia treści pisma jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący wyjaśnił przesłanki zastrzeżenia powołując się na ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jej rozumienie w doktrynie i orzecznictwie. Wskazał, iż wyjaśnienia zawierają informacje istotne z punktu widzenia handlowego i organizacyjnego Przystępującego, tj. koszt roboczogodziny, poziom marżowości, zakładany poziom ryzyk oraz elementy specyficzne dla Przystępującego wpływające na atrakcyjność zaoferowanej ceny, a również dane dotyczące pracochłonności oraz optymalizacji związanej z obsługą systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego. Zwrócił uwagę na istotność tych informacji, których pozyskanie przez konkurencję może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej. Wskazał, iż informacje te nie zostały upublicznione, w szczególności nie zostały zamieszczone na stronie internetowej wykonawcy. Do zastrzeżonych informacji dostęp ma ograniczone grono pracowników i współpracowników Przystępującego, z którymi to osobami ma on podpisane umowy zawierające klauzule poufności. Informacje są przechowywane na komputerach zabezpieczonych hasłami, a wersje papierowe w pomieszczeniach, do których dostęp ma ograniczone grono osób posiadających imienne karty dostępu. Do wyjaśnień Przystępujący załączył dowody w postaci umów o pracę członków zespołu dedykowanego do realizacji usług na rzecz Zamawiającego, które zawierały klauzule poufności (ww. informacja została ujawniona Odwołującemu przez Przystępującego na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2018 r., co znajduje potwierdzenie w protokole rozprawy).

**Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie należało oddalić.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 8 ust 1 i 3 Ustawy Pzp Izba częściowo przyznała rację

Odwołującemu w zakresie, w jakim kwestionował on, aby całość treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r. stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewątpliwie zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność, a art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp jest jedynie wyjątkiem od tej zasady, którego nie sposób interpretować rozszerzająco. Jak wynika zaś z dokumentów załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie sam Przystępujący na zapytanie Zamawiającego wyjaśnił, iż informacje przedstawione na str. 1, str. 2 pkt I oraz str. 12-13 pisma stanowią informacje jawne. W konsekwencji zarzut Odwołującego w tym zakresie znalazł potwierdzenie, ponieważ na moment wniesienia odwołania Zamawiający bezpodstawnie utajnił całość treści pisma Przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r. mimo, że zawierało ono również informacje, które tajemnicą przedsiębiorstwa nie stanowiły. Niemniej w ocenie Izby omawiane naruszenie nie miało ani nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania (rozumiany tutaj jako wybór oferty najkorzystniejszej), a tylko w takim przypadku – zgodnie z art. 192 ust 2 Ustawy Pzp - możliwe jest uwzględnienie odwołania. Zważyć należy, że Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Ustawy Pzp), jak zaś ustalono podczas rozprawy, ta część wyjaśnień Przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r., która nie zawierała informacji poufnych, została już Odwołującemu udostępniona. Ponadto należy zauważyć, że zaniechanie ujawnienia treści samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i ogólnych informacji dotyczących dotychczasowej współpracy Przystępującego z Zamawiającym opartej na umowach zawieranych w trybie określonym ustawą Prawo zamówień publicznych, nie może mieć znaczenia w kontekście rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia także z tego względu, że kluczowe informacje w zakresie kalkulacji ceny przedstawione w tych wyjaśnieniach zostały w ocenie Izby skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba zaś nie dostrzegła nieprawidłowości w dokonanej przez Zamawiającego ocenie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny (o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia), a zatem wynik postępowania nie mógł ulec zmianie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp w zakresie dotyczącym nieujawnionej Odwołującemu części pisma z dnia 9 lipca 2018 r., Izba uznała, iż ocena treści wyjaśnień Przystępującego, w tym zawartego w tych wyjaśnieniach uzasadnienia zastrzeżenia poufności określonych informacji, a także załączonych do wyjaśnień dowodów, pozwala na uznanie, że Przystępujący wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tak jak tego wymaga art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie.

Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. Tym samym informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy Ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, 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 z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419, dalej „u.z.n.k.”), tj. że określone informacje nie były ujawnione do wiadomości publicznej, że stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą oraz, że w stosunku do tych informacji podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa i jakkolwiek z obowiązku „wykazania” nie można wywodzić bezwzględnego obowiązku potwierdzenia dowodami zaistnienia każdej z przesłanek z art. 11 ust 4 u.z.n.k., to jednak poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy niejednokrotnie nie będzie mogło być uznane za wystarczające. W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na trudności związane z wykazaniem okoliczności nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji, jako że dowody w tym przypadku musiałyby potwierdzać okoliczność negatywną i w tym zakresie co do zasady wystarczające może być złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego.



Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania danych informacji w poufności, które przybierają najczęściej materialną postać, np. poprzez zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy (por. m.in. wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r., sygn. akt KIO 1684/16, wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 200/18).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, konfrontując przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z treścią samych wyjaśnień i złożonych na ich poparcie dowodów, Izba doszła do przekonania, że poufność informacji zawartych w treści wyjaśnień oraz załączonych do nich dokumentów została w sposób skuteczny wykazana.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, ugruntowane również w orzecznictwie, iż w przypadku objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych oświadczeń lub dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia na wezwanie zamawiającego, złożenie stosownego uzasadnienia dla poczynionego zastrzeżenia musi nastąpić najpóźniej z chwilą złożenia owych oświadczeń lub dokumentów. Niemniej, wbrew argumentacji przedstawionej w odwołaniu, Przystępujący zawarł takie uzasadnienie w treści pisma z dnia 9 lipca 2018 r. obejmującego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Było to odrębne uzasadnienie odnoszące się stricte do treści złożonych wyjaśnień, zatem nie ma racji Odwołujący w zakresie, w jakim twierdził, iż Przystępujący nie przedstawił w wymaganym terminie stosownego uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji wskazanych w treści wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba uznała ponadto, iż Przystępujący wykazał spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Przystępujący wskazał, iż wyjaśnienia zawierają informacje istotne z punktu widzenia handlowego i organizacyjnego, przy czym twierdzenia te odniósł do konkretnych danych przedstawionych w wyjaśnieniach, takich jak koszt roboczogodziny, poziom marżowości, zakładany poziom ryzyk, inne elementy specyficzne dla Przystępującego wpływające na atrakcyjność zaoferowanej ceny, dane dotyczące pracochłonności oraz optymalizacji związanej z obsługą systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego. Weryfikacja treści wyjaśnień dokonana przez Izbę potwierdziła, iż właśnie te szczegółowo wskazane przez Przystępującego dane znajdują się na utajnionych stronach 3-11 wyjaśnień, jak również potwierdziła istotność tych informacji, których pozyskanie przez konkurencyjnych wykonawców może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej Przystępującego, na co wskazywał on uzasadniając poufność przedstawionych danych. Nieujawniona Odwołującemu treść wyjaśnień zawiera szczegółową kalkulację kosztów oferty, w tym wysokość wynagrodzeń wypłacanych przez Przystępującego pracownikom na określonych stanowiskach oraz inne szczegółowe

elementy składowe ceny. W utajnionej części wyjaśnień nie znajdują się odwołania do poglądów orzecznictwa czy doktryny, nie zawierają one również informacji o charakterze ogólnym, które można byłoby wydzielić z ich treści i udostępnić Odwołującemu bez naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego. Nie budzi zaś wątpliwości Izby, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku. Izba wskazuje, iż w treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r. znajdują się m.in. szczegółowe informacje o wysokości wynagrodzeń członków zespołu wskazanego do realizacji zamówienia (z określeniem ich stanowisk), jak również dane dotyczące zakładanego poziomu zysku i ryzyk projektowych, a zatem niewątpliwie są to informacje istotne gospodarczo, których ujawnienie może spowodować poniesienie niewymiernych strat przez wykonawcę, którego dotyczą. Z uwagi na powyższe, w ocenie Izby, materialna przesłanka uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa została przez Przystępującego spełniona. Nadmienić jedynie trzeba, iż Odwołujący w toku postępowania odwoławczego w zasadzie nie kwestionował posiadania przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, a swoją argumentację opierał w głównej mierze na braku złożenia przez Przystępującego dowodów potwierdzających podjęcie środków w celu zachowania tych informacji w poufności.

Jeśli chodzi o przesłankę formalną zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. zmanifestowanie w sposób zewnętrzny woli zachowania określonych informacji w poufności, Przystępujący wskazał, iż informacje te nie zostały upublicznione, w szczególności nie zostały zamieszczone na stronie internetowej wykonawcy. W ocenie Izby z uwagi na fakt, iż w tym zakresie musiałby on dowodzić okoliczności negatywnej, co niewątpliwie jest utrudnione, oświadczenie Przystępującego należy uznać za wystarczające, tym bardziej, że Odwołujący nie kwestionował okoliczności braku upublicznienia informacji, lecz – jak wskazano powyżej – brak wykazania podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego również w ww. zakresie. Przystępujący wskazał na obowiązujące w jego przedsiębiorstwie zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, które w zestawieniu z nałożeniem za pomocą klauzul umownych stosownych obowiązków w tym zakresie na pracowników, w ocenie Izby stanowiły dostateczne potwierdzenie, że Przystępujący podjął działania w celu zachowania przedstawionych informacji w poufności. Przystępujący wyjaśnił jakie środki wewnątrzorganizacyjne podjął w celu ochrony poufności, a także – jak wskazano - przedstawił umowy o pracę członków zespołu wskazanego do realizacji zamówienia, które potwierdzały fakt stosowania klauzul poufności zobowiązujących pracowników do zachowania określonych informacji w tajemnicy. Powyższe uprawdopodobnia również

twierdzenia Przystępującego o stosowanych w jego przedsiębiorstwie zasadach ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jako że klauzule poufności w umowach z pracownikami niewątpliwie są jednym z elementów tego rodzaju ochrony.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba rozpoznała zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny, które Odwołujący podnosił jako zarzuty ewentualne, na wypadek nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp, który Odwołujący opierał na twierdzeniu, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były ogólnikowe i gołosłowne, a zatem należało przyjąć, że mimo wezwania Zamawiającego Przystępujący nie złożył wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp, nie znalazł potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy. Wyjaśnienia Przystępującego stanowiły kompleksowy, skonkretyzowany wywód opisujący w jaki sposób Przystępujący dokonał wyceny, w tym m.in. założenia na jakich się opierał oraz przyjęte metody kalkulacji. Wyjaśnienia w tym zakresie zostały poparte dowodami w postaci umów o pracę członków zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia wraz z porozumieniami zmieniającymi, które potwierdzają wysokość wynagrodzenia przyjętego za podstawę dokonanej kalkulacji ceny oferty. Przystępujący w treści wyjaśnień udzielił odpowiedzi na wszystkie zagadnienia wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu, w szczególności przedstawił kalkulacje w obszarach Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego, Usługi Modyfikacji i Rozwoju Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego, Usługi Transferu Wiedzy dla Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego oraz przedstawił inne czynniki mające wpływ na wartość oferty. W tym stanie rzeczy twierdzenia Odwołującego o lakoniczności i ogólności treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie znajdują uzasadnienia.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp w zakresie, w jakim Odwołujący wskazywał, iż oferta Przystępującego zwiera rażąco niską cenę, a zatem powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

W tym zakresie należy wskazać, iż pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w Ustawie Pzp, a jego rozumienie zostało wypracowane głównie przez orzecznictwo sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej (wcześniej orzecznictwo arbitrażowe). Jak wskazuje się w orzecznictwie za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za

podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (por. m.in. wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 416/17, wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1468/16, wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r., sygn. akt KIO 1901/16, 1903/16, 1904/16, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, wyrok KIO z dnia 28 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 592/13, wyrok KIO z 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11). Niemniej w ocenie składu orzekającego mieć należy także na uwadze, iż kwestia rażąco niskiej ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do przedmiotu danego zamówienia, a zatem każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności stanu faktycznego konkretnej sprawy. Ponadto Izba wskazuje, iż w postępowaniu odwoławczym bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia czy zaniechania odrzucenia oferty danego wykonawcy, przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało zatem ustalenia, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska.

Izba nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego uchybień w zakresie przeprowadzonej oceny tych wyjaśnień. Wyjaśnienia zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i czyniły zadość wymaganiom wskazanym w treści wezwania Zamawiającego, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z dochowaniem należytej staranności.

Po pierwszej Izba wskazuje, iż podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż kluczowe znaczenie w kalkulacji kosztów ma stawka roboczogodziny, której pochodną jest cena ofertowa, znajduje potwierdzenie w treści wyjaśnień Przystępującego, które oparte są o wyliczenia w zakresie kosztu miesięcznego dla Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz kosztu za jedną roboczogodzinę dla Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Transferu Wiedzy. Przyjęte w kalkulacji stawki wynagrodzeń pracowników stanowiące podstawę do obliczenia wskazanego w formularzu ofertowym kosztu miesięcznego dla Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz kosztu za jedną roboczogodzinę dla dwóch pozostałych usług znajdują odzwierciedlenie w złożonych przez Przystępującego umowach o pracę dla członków zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia oraz załączonych do tych umów porozumieniach zmieniających wysokość wynagrodzenia. Złożone dowody potwierdzają również stanowiska pracy zajmowane przez poszczególne osoby oraz ich okres zatrudnienia u Przystępującego, czyniąc wiarygodnymi informacje przedstawione w tym zakresie w wyjaśnieniach. Treść wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 r. potwierdza także argumentację

przedstawioną przez Przystępującego na rozprawie przed Izbą, iż na potrzeby kalkulacji kosztów projektu przyjął on wynagrodzenie konkretnych pracowników, którzy realizować będą zamówienie, a nie średnie wynagrodzenie osób na określonych stanowiskach w jego przedsiębiorstwie, wobec czego argumentacja Odwołującego odnosząca się do wysokości średnich wynagrodzeń analityków systemowych nie znajduje w tym przypadku potwierdzenia. Podkreślić ponadto należy, iż treść wyjaśnień (str. 4, 6 i 8) oraz złożone dowody potwierdzają, że wskazane w wyjaśnieniach wynagrodzenie brutto osoby zatrudnionej na stanowisku analityka systemowego nie odbiega od średniej wynikającej z przedstawionego przez Odwołującego raportu GUS, co potwierdza rynkowość przyjętych stawek. Izba nie znalazła podstaw do podważenia wiarygodności złożonych przez Przystępującego dowodów w postaci umów o pracę członków zespołu, który będzie realizował zamówienie, co przekłada się również na wiarygodność stawek wynagrodzeń przyjętych jako podstawa kalkulacji ceny oferty, wskazanych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dokonanych na ich bazie obliczeń.

Ponadto Izba stwierdziła, iż treść wyjaśnień Przystępującego z dnia 9 lipca 2018 r. wskazuje na uwzględnienie przez niego w kalkulacji ceny wszystkich tych czynników kosztowych, na które Odwołujący wskazywał w treści odwołania, takich jak koszty pracy, marża, ryzyko projektowe, gwarancja, koszty ogólnozakładowe i handlowe. Przy czym w tym kontekście Izba wskazuje, iż bez znaczenia pozostaje przyjęta przez Przystępującego nomenklatura czy sposób ujęcia określonych kosztów w poszczególnych pozycjach kosztotwórczych. Zważyć należy, że istnieją różne metody kalkulacji kosztów przez wykonawców, wynikające ze stosowanej przez nich polityki i przyjętych uwarunkowań, zatem niejednokrotnie zastosowane metodologie obliczenia ceny oferty mogą różnić się w sposób zasadniczy pomiędzy przedsiębiorcami, nawet w sytuacji, gdy działają oni w tym samym segmencie rynku. Nie istnieje jeden optymalny i wymagany kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę oraz prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie, a to czy złożone wyjaśnienia uzasadniają realność zaoferowanej ceny podlega każdorazowo badaniu przez Zamawiającego z uwzględnieniem dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz konkretnych, indywidualnych okoliczności stanu faktycznego.

W ocenie Izby metodologia kalkulacji kosztów przyjęta przez Przystępującego oraz sposób jej wyjaśnienia (odnośnie każdej z usług będących przedmiotem zamówienia) był klarowny i spójny, a przede wszystkim pozwalał na dokonanie przez Zamawiającego oceny czy Przystępujący uwzględnił w ramach wyliczeń niezbędne składniki kosztotwórcze i czy za zaoferowaną cenę będzie w stanie zrealizować zamówienie w należyty sposób.

Odnośnie każdej z usług Przystępujący przedstawił odrębną kalkulację, w której

uwzględnił zakładany na określonym poziomie procentowym zysk (marżę), przy czym Izba wskazuje, iż zysk został określony na różnym poziomie dla każdej z usług, natomiast ani poziom marżowości określony przez Przystępującego dla poszczególnych usług, ani średni poziom marżowości wynikający z przedstawionych danych, nie pozwala poddać w wątpliwość okoliczności, że Przystępujący kalkulując cenę oferty założył wiarygodny i realny poziom zysku. Niezależnie od faktycznego poziomu zysku przyjętego przez Przystępującego, którego wysokość objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba wskazuje także na zasadność twierdzeń Przystępującego, iż Odwołujący nie wykazał, aby ewentualne założenie marży na poziomie niższym niż 10% nie mogło mieć miejsca w przypadku Przystępującego czy też miałyby wpływać na nierynkowość zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał jedynie, iż „z uwagi na pozycję i wielkość firmy, jaką jest Asseco, nie zakłada się, że tak duża spółka zdecydowałaby się na realizację projektu poniżej marży na poziomie 10%.” Twierdzenie to nie zostało poparte jakimikolwiek dalszymi okolicznościami czy dowodami, a zatem nie sposób uznać, aby uprawdopodobniało ono stawiane zarzuty.

W zakresie każdej z usług - Usługi Asysty Technicznej i Konserwacji, Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Transferu Wiedzy, Przystępujący ocenił również ryzyko projektowe i uwzględnił je w kalkulacji. Zważyć należy, że Odwołujący w ramach przedstawionych obliczeń założył ryzyko projektowe na poziomie 3%, podczas gdy jak wynika z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 9 lipca 2018 r. (co Przystępujący ujawnił w piśmie procesowym) założony przez Przystępującego budżet na ryzyka w odniesieniu do każdej usługi został określony na poziomie wyższym niż zakładał to Odwołujący w swoich obliczeniach, tym bardziej nie sposób zatem mówić tu o nieadekwatności czy nierynkowości założeń przyjętych przez Przystępującego. Ponadto Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, iż dotychczasowa współpraca tych podmiotów w obszarze Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego wpływa na obniżenie poziomu ryzyka projektowego Przystępującego wobec znajomości specyfiki systemu i posiadania doświadczenia w jego obsłudze. Okoliczność ta de facto nie była kwestionowana przez Odwołującego.

Izba ustaliła ponadto, iż treść wyjaśnień Przystępującego (str. 3) wprost wskazuje, iż podczas kalkulacji stawek roboczogodziny uwzględniono koszty gwarancji, a zatem argumentacja Odwołującego, iż podczas wyceny Usług Modyfikacji i Rozwoju tego rodzaju kosztów nie uwzględniono nie znajduje potwierdzenia. Podkreślić również należy, że Odwołujący, poza wskazaniem, iż gwarancja taka została przewidziana przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, nie podniósł jakichkolwiek dalszych twierdzeń co do tego, w jaki sposób czy też w jakim wymiarze koszty związane z gwarancją powinny znaleźć przełożenie na wysokość przyjętej stawki za roboczogodzinę Usług

Modyfikacji i Rozwoju. Twierdzenia Przystępującego przedstawione w piśmie procesowym w tym zakresie nie zostały w żaden sposób odparte przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Izba wskazuje, iż jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym obowiązek dowodowy, stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp, spoczywa na Przystępującym, to taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia Odwołującego z aktywności w postępowaniu odwoławczym, a przede wszystkim z przedstawienia wiarygodnego i rzetelnego uzasadnienia faktycznego stawianych zarzutów. Ww. przepisu nie można rozumieć w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na głośłownych twierdzeniach odnośnie prawidłowości ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich poprawnymi merytorycznie obliczeniami.

Odnośnie wskazywanej przez Odwołującego wysokości rozszerzonych kosztów ogólnozakładowych w przeliczeniu na dniówkę pracownika, przyjętej przez Odwołującego jako podstawa do obliczeń, wskazać trzeba, iż w treści odwołania nie wyjaśniono, w jaki sposób ustalona została wskazywana kwota 165,78 zł, poza odniesieniem się w tym zakresie do sprawozdania finansowego Przystępującego. Próbę uszczegółowienia własnych twierdzeń Odwołujący podjął dopiero w piśmie procesowym i na rozprawie, polemizując ze stanowiskiem Przystępującego. Ponadto w ocenie Izby słusznie zauważył Zamawiający, iż wobec braku stosownego wymogu w SIWZ, aby członkowie zespołu projektowego byli zaangażowani w jego realizację na rzecz Zamawiającego w pełnym wymiarze czasu pracy, koszty ogólnozakładowe winny być uwzględnione jedynie w proporcji odpowiedniej do zaangażowania danej osoby, czego Odwołujący w swoich wyliczeniach nie uwzględnił. Izba wskazuje, iż przyjęta przez Przystępującego w kalkulacji pracochłonność, warunkowana m.in. doświadczeniem zespołu w pracy nad Systemem NEO i Modułem Komunikacyjnym, nie zakładała pełnego zaangażowania (pełnego etatu) wszystkich pracowników, lecz tylko części zespołu. Niezależnie od powyższego analiza treści wyjaśnień Przystępującego nie dawała podstaw do uznania, iż podczas kalkulacji nie uwzględnił on kosztów ogólnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Po pierwsze na uwzględnienie tego rodzaju kosztów Przystępujący wprost wskazał na stronie 3 pisma z dnia 9 lipca 2018 r. Po drugie nie sposób stwierdzić, aby Przystępujący nie mógł tego rodzaju wydatków uwzględnić w kilku pozycjach kalkulacji zamiast w jednej wyodrębnionej pozycji - jest to okoliczność zależna w praktyce od przyjętej przez wykonawców metodologii, nazewnictwa i sposobu prezentacji kalkulacji kosztów, które jak wskazywano już powyżej – mogą różnić się, czasem nawet zasadniczo. W ocenie Izby już sama pozycja „koszty zapewnienia środowiska pracy” ujęta w kalkulacji ceny oferty Przystępującego wskazuje na uwzględnienie podczas wyceny w odpowiedniej proporcji elementów składowych takich jak wskazywane przez Odwołującego

koszty wynajmu biura czy koszty dostawy mediów, czyli tzw. kosztów ogólnozakładowych. Przy czym Przystępujący ujawnił, iż koszty te szacował w trzech różnych pozycjach, Odwołujący nie przedstawił zaś argumentów, które podważałyby prawidłowość takiego ujęcia.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej konieczności uwzględnienia w kalkulacji kosztów handlowych (które Odwołujący rozumie jako koszty pozyskiwania zleceń związane z opłacaniem pracy pracowników nad wyceną ofert), Izba wskazuje, iż w treści wyjaśnień w odniesieniu do Usług Modyfikacji i Rozwoju Systemu Przystępujący wprost wskazał, iż przy kalkulacji kosztów uwzględnił wymagania związane z ustalaniem z Zamawiającym warunków wykonania konkretnej zmiany w systemie (str. 5 wyjaśnień). Nie znajduje zatem potwierdzenia argumentacja Odwołującego, iż tego rodzaju kosztów nie ujęto w kalkulacji, tym bardziej, że w ocenie Izby nieuprawnione byłoby wymaganie, aby wykonawca musiał wyodrębnić w treści wyjaśnień konkretną pozycję obejmującą wydatki związane z negocjacjami warunków zleceń udzielanych w ramach umowy. Za logiczne Izba uznała także twierdzenia Przystępującego, iż tego rodzaju koszty mogą zostać ujęte w ramach ogólnych kosztów prowadzenia przedsiębiorstwa. Mieć na uwadze należy także, iż Zamawiający w treści wezwania nie wymagał rozbicia składników ceny na tak szczegółowe czynniki, jakich uwzględnienia domaga się obecnie Odwołujący, a zwrócić należy uwagę, iż ocena treści wyjaśnień jest nierozzerwalnie związana z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień - to wezwanie do wyjaśnień w ocenie Izby determinuje bowiem treść odpowiedzi. Izba uznała ponadto za nieuzasadnione dokonane przez Odwołującego szacunki w zakresie ilości roboczogodzin niezbędnych na podpisanie i uzgodnienie jednego zamówienia (184 roboczogodziny w przypadku Usług Modyfikacji i Rozwoju oraz 72 roboczogodziny w przypadku Usług Transferu Wiedzy). Odwołujący nie uzasadnił dlaczego w ramach poszczególnych czynności związanych z uzgadnianiem zamówień niezbędny jest udział wskazanych osób, czy też z czego wynika szacowany wymiar godzinowy. Z tego względu nie sposób odnieść tych wyliczeń do kalkulacji ceny poczynionej przez Przystępującego, tym bardziej, że Zamawiający zakwestionował szacunki Odwołującego i wskazał, iż są one w sposób istotny zawyżone, co uzasadnił podając dane jak faktycznie kształtowała się pracochłonność czynności związanych z uzgadnianiem zleceń podczas realizacji poprzedniej umowy na obsługę systemu.

W zakresie twierdzeń Odwołującego o różnicach w stawkach przyjętych w ofercie Przystępującego i stawkach obowiązujących podczas realizacji umów z 2014 i 2016 r., Izba wskazuje, iż mając na uwadze istotną dynamikę jaką cechuje się sektor usług informatycznych, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie sposób przesądzić, że aktualnie przyjęte przez Przystępującego stawki zostały zaniżone w



stosunku do obowiązujących cen rynkowych, tym bardziej że jakkolwiek zauważyć można spadek w zakresie ceny za roboczogodzinę Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Transferu Wiedzy, to w odniesieniu do Usługi Asysty Technicznej i konserwacji miesięczna stawka wzrosła. W szczególności Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która uzasadniałaby okoliczność, iż to właśnie stawki przyjęte przez Przystępującego w poprzednich latach, zwłaszcza w umowie z 6 czerwca 2016 r., były stawkami realnymi, które powinny stanowić punkt odniesienia przy ocenie rynkowości obecnie zaoferowanych stawek, pomimo upływu okresu dwóch lat. Odwołujący nie wykazał również, że zakres przedmiotowy obu zamówień, tj. umowy z 6 czerwca 2016 r. oraz umowy jaka ma zostać zawarta w ramach obecnego postępowania o udzielenie zamówienia, jest porównywalny, poprzestając na ogólnych twierdzeniach w tym zakresie, aczkolwiek już z przywołanych przez niego danych wynikało, że liczba roboczogodzin Usług Modyfikacji i Rozwoju w ramach umowy z 2016 r. była niższa o 25% w stosunku do obecnego zamówienia, co także mogło mieć przełożenie na wysokość przyjętych stawek. Ponadto w ocenie składu orzekającego realność stawek przyjętych w ofercie Przystępującego winna być oceniana z uwzględnieniem aktualnych uwarunkowań rynkowych i przede wszystkim wymogów wynikających z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, nie zaś historycznych danych i założeń będących podstawą innych kontraktów. W ocenie Izby nie bez znaczenia pozostają również okoliczności podnoszone przez Zamawiającego, związane ze znajomością przez Przystępującego specyfiki Systemu NEO i Modułu Komunikacyjnego popartej wieloletnim doświadczeniem w pracy z tym Systemem, które w sposób naturalny wpływać mogą na zmniejszenie nakładu pracy po stronie Przystępującego, co z kolei przekłada się nie tylko na zakładaną pracochłonność (przyjęty wymiar czasowy zaangażowania poszczególnych pracowników), ale i inne czynniki cenotwórcze, jak chociażby ryzyko projektowe, a w konsekwencji na wysokość stawki roboczogodziny.

Ponadto w ocenie Izby Odwołujący nie uzasadnił w sposób dostateczny swojego stanowiska odnośnie konieczności uwzględnienia (i wyodrębnienia) w kalkulacji ceny konkretnego kontraktu czynników takich jak inflacja, zakładany wzrost wynagrodzeń czy zwiększenie zakresu funkcjonalności systemu. Przede wszystkim treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do Przystępującego nie wskazywała na konieczność tak szczegółowego omówienia elementów składowych ceny, jak wskazano zaś już powyżej treść wezwania do wyjaśnień w praktyce determinuje treść odpowiedzi. Niezależnie od tego Przystępujący w treści wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 r. wskazał, iż kalkulując ofertę poza przyjęciem stawek wynagrodzeń wynikających z załączonych do wyjaśnień umów o pracę i porozumień, uwzględnił również odpowiednie koszty wynagrodzeń zmiennych i narzutów na wynagrodzenia. Ponadto Odwołujący nie wskazał jakie przełożenie na wysokość

zaoferowanych stawek powinno mieć podnoszone przez niego zwiększenie zakresu funkcjonalności systemu, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, iż okoliczność tę należało uwzględnić kalkulując cenę oferty. Tymczasem, jak wskazał Zamawiający, przedmiotowa okoliczność może w praktyce przekładać się na zmniejszenie nakładu pracy czy poziomu skomplikowania zadań w porównaniu do tego, jaki miał miejsce w poprzednich fazach cyklu życia produktu, kiedy wprowadzane były kluczowe modyfikacje Systemu. Również zatem argumentacja Odwołującego w tym zakresie nie podważa prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego. Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego w zakresie, w jakim kwestionował on twierdzenia Przystępującego odnoszące się do kosztów infrastruktury. Izba wskazuje, iż w nieodtajnionej części wyjaśnień z dnia 9 lipca 2018 r. (str. 10). Przystępujący szerzej odniósł się do posiadanego przez niego środowiska dewelopersko-testowego, wyjaśniając m.in. elementy składowe tej infrastruktury. Wyjaśnił również jakie oszczędności związane ze stworzeniem takiego środowiska Przystępujący generuje, z uwagi na fakt, iż posiada już niezbędną infrastrukturą i wykorzystuje ją w bieżącej działalności oraz podał w tym zakresie konkretną kwotę. Z kolei podnoszone na rozprawie twierdzenia o konieczności poniesienia przez Przystępującego kosztów odtworzenia tej infrastruktury po zakończeniu realizacji umowy z dnia 6 czerwca 2016 r. z uwagi na wymóg trwałego usunięcia elementów systemu, jakie wytworzył w ramach tej umowy, nie zostały przez Odwołującego w żadnej mierze uprawdopodobnione, Zamawiający zaś zanegował, aby z treści ww. umowy wynikał obowiązek trwałego usunięcia danych.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia z dnia 9 lipca 2018 r. były konkretne, jasne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, tak co do ceny oferty ogółem, jak i w odniesieniu do poszczególnych usług oraz elementów składowych kalkulacji. Metodologia kalkulacji kosztów opisana przez Przystępującego była kompleksowa i spójna, a w szczególności pozwalała ona na dokonanie przez Zamawiającego oceny czy cena zaoferowana w postępowaniu jest ceną realną, adekwatną do przedmiotu zamówienia i gwarantującą jego należyte wykonanie. Twierdzenia przedstawione w wyjaśnieniach zostały poparte dowodami tworząc spójną całość, pozwalającą w ocenie Izby na uznanie na ich podstawie przez Zamawiającego, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo wyjaśnienia były także spójne z argumentacją przedstawioną przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący nie przedstawił zaś kontrargumentów, które pozwalałyby poddać w wątpliwość prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień Przystępującego w zakresie elementów wpływających na kształt ceny oferty.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....