

WYROK

z dnia 8 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski
Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 6 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 20 lutego 2023 r. przez wykonawcę PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa-Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie przy udziale wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Asseco Poland S.A. informacji znajdujących się w załączniku OF.2. (wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia) do oferty tego wykonawcy oraz udostępnienie pełnej treści tego załącznika.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 5/6 odwołującego oraz w 1/6 zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Zasądza od odwołującego PolCam Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego w Warszawie kwotę 500 zł 00 gr (słownie: pięćset złotych, zero groszy).

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Główny Inspektorat Transportu Drogowego, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest utrzymanie i rozwój systemu teleinformatycznego CPD Canard, numer sprawy: BDG.ZPB.230.13.2022.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 września 2022 r. pod numerem 2022/S 179-506055.

W dniu 20 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PolCam Systems Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, podczas gdy Odwołujący rzetelnie wyjaśnił okoliczności wpływające na cenę oferty, wyszczególnił elementy cenotwórcze uwzględniając przy tym zysk oraz koszty nieprzewidziane, dzięki czemu obalił on domniemanie ceny rażąco niskiej, a jego oferta nie podlega odrzuceniu;
2. art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art 16 pkt 1-3 ustawy PZP, poprzez zaniechanie udostępnienia pełnej treści załącznika do oferty wykonawcy Asseco Poland S.A. (dalej jako: „Asseco”), a mianowicie Formularza OF.2 (wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia), podczas gdy informacje zastrzeżone przez Asseco w wykazie osób, czyli imiona i nazwiska osób skierowanych do realizacji zamówienia, są informacjami łatwo dostępnymi i nie posiadają wartości gospodarczej;
3. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP poprzez błędne przyznanie punktów ofercie Asseco w ramach kryterium „doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia” i przyznanie doświadczeniu projektanta UX/UI 7 punktów, podczas gdy wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia jest w tym zakresie niekompletny, przez co ofercie Asseco w ogóle nie można przyznać punktów w zakresie doświadczenia projektanta UX/UI, co sprawia, że oferta Asseco nie jest ofertą najkorzystniejszą;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco i

wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na jego zaangażowanie w przygotowanie Postępowania, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż wykluczenie wykonawcy z Postępowania;

5. [zarzut ewentualny do zarzutu nr 4] art. 223 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania Asseco do wykazania, że zaangażowanie Asseco w przygotowanie Postępowania nie zakłóciło konkurencji;
6. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „UZNK”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Asseco, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, udostępnienia pełnej treści formularza 0F.2 załączonego do oferty Asseco, ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz odrzucenia oferty Asseco.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zarzut nr 1:

Odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na zakres wezwania do złożenia wyjaśnień ceny, jakie zostało wystosowane przez Zamawiającego. Jego zdaniem miało ono charakter ogólny i lakoniczny i przede wszystkim stanowiło powielenie treści art. 224 ust. 3 ustawy PZP. Treść wezwania miała na tyle sztywny charakter, że mogłaby mieć zastosowanie w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego (a w zasadzie w dowolnym postępowaniu prowadzonym przez jakiegokolwiek zamawiającego publicznego).

Jak kontynuował Odwołujący, w przedłożonych Zamawiającemu Wyjaśnieniach, oprócz zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazania skuteczności zastrzeżenia, Odwołujący przedstawił szczególnie korzystne okoliczności dotyczące Odwołującego wpływające na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący wykazał, że posiada doświadczenie związane z przedmiotem Zamówienia i że zrealizuje je, przestrzegając przepisów dotyczących kosztów pracy (wynagrodzenia osób zaangażowanych do realizacji Zamówienia znacznie przekraczały minimalne wynagrodzenie

za pracę i minimalną stawkę godzinową], jak również zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Ponadto, Odwołujący opisał okoliczności świadczące o oszczędności metody wykonania, wybrane rozwiązania technologiczne, warunki wykonywania Zamówienia dostępne Odwołującemu, oryginalność projektu oraz koszty pracy. Powyższe okoliczności pozwoliły Odwołującemu na zaoferowanie szczególnie korzystnej ceny.

Odwołujący opisał również w szczegółach pozostałe wątpliwości wobec decyzji Zamawiającego związanej z odrzuceniem jego oferty, jednak z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ta część argumentacji zostanie pominięta przy przedstawianiu stanowiska Odwołującego. Podsumowując Odwołujący wskazał, że jego zdaniem czynność Zamawiającego nie była prawidłowa.

Zarzut nr 2:

Odwołujący wskazał, że streszczając treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - Asseco upatruje wartości gospodarczej zastrzeganej informacji w szkodzie, jaka powstanie w związku z „podkupieniem” pracowników.

Odwołujący całkowicie nie zgodził się z powyższą argumentacją. Zdaniem Odwołującego, zastrzeżone informacje nie posiadają wartości gospodarczej. Z utrwalonej linii orzeczniczej wynika jednoznacznie, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stoi na przeszkodzie zastrzeganiu informacji o osobach skierowanych do realizacji zamówienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący powołał się na następujące orzeczenia: KIO 796/21 oraz KIO 3724/21, w których stwierdzono m. in., że:

- w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych) jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe;

- przede wszystkim, jeśli chodzi o nazwiska osób proponowanych do wykonania zamówienia będących pracownikami Przystępującego, należy zauważyć, że co do zasady nazwiska pracowników danego pracodawcy, zwłaszcza szeregowych, nie są i nie powinny być tajemnicą w rozumieniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to bowiem, że pracownicy ci nie mogliby ujawniać swoich nazwisk innym osobom w kontekście zatrudnienia u danego pracodawcy (Przystępującego), np. podczas wykonywania pracy, jak też samego faktu, że są u tego pracodawcy zatrudnieni. Wydaje się to nie tylko niezgodne z sensem instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa, ale przede wszystkim z zasadami współżycia społecznego.

Jak kontynuował Odwołujący informacje zastrzeżone przez Asseco są stosunkowo łatwo dostępne. Ustalenie tożsamości osób skierowanych do realizacji zamówienia nie powinno stanowić trudności i w zwyczajnym toku rzeczy może nastąpić np. w trybie dostępu do informacji publicznej. Ponadto, pracownicy Asseco sami publicznie informują o zaangażowaniu w realizację projektu CPD CANARD, czego dowodem są zrzuty ekranu z publicznych profili pracowników Asseco zamieszczonych na portalu LinkedIn.

Powyższe przeczy twierdzeniu Asseco, zgodnie z którym podejmuje ono środki zapobiegające ujawnieniu osób zaangażowanych w realizację projektu, po to, aby nie doszło do „podkupienia” pracowników wykonawcy. Z powyższych względów uznać należy, że Asseco nie dokonało skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie osób i z tego powodu podlega on ujawnieniu.

Zarzut nr 3:

W ramach kryterium „doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia” Zamawiający przyznawał punkty za doświadczenie poszczególnych ekspertów uczestniczących w realizacji Zamówienia. Jednym z takich ekspertów był projektant UX/UI.

Z SWZ wynika jednoznacznie, że - aby uzyskać dodatkowe punkty za doświadczenie członków zespołu skierowanych do realizacji Zamówienia - należało wypełnić i złożyć dokument zawierający informacje wymagane przez Zamawiającego w Formularzu nr OF.2. Formularz OF.2 składał się z wielu tabel, każda tabela dotyczyła innego członka zespołu skierowanego do realizacji Zamówienia. W poszczególnych tabelach należało podać informacje oczekiwane przez Zamawiającego: m. in. imię i nazwisko, informację o podstawie dysponowania, doświadczeniu personelu wykonawcy podlegającym punktacji. Asseco przedłożyło wraz z ofertą Formularz OF.2, lecz okazał się on niekompletny. Asseco, w odniesieniu do projektanta UX/UI nie podał informacji o podstawie dysponowania (dysponowanie bezpośrednie/pośrednie).

Zdaniem Odwołującego wykonawca, chcąc uzyskać punkty za doświadczenie projektanta UX/UI (albo jakiegokolwiek innego specjalisty], powinien udowodnić, że faktycznie dysponuje daną osobą i może skierować ją do realizacji zamówienia. Zamawiający całkowicie pominął powyższą okoliczność przy ocenie oferty Asseco i przyznał maksymalną liczbę punktów za doświadczenie projektanta UX/UI (7 punktów). Asseco nie otrzymało punktów wyłącznie w zakresie doświadczenia Kierownika Projektu.

Odwołujący nie zgodził się z punktacją przyjętą przez Zamawiającego. Zamawiający nie powinien pomijać braku oświadczenia wykonawcy co do podstawy dysponowania pracownikiem. W przeciwnym wypadku każdy z wykonawców miałby możliwość podawania w formularzu oferty dowolne dane dotyczące projektanta UX/UI lub innego specjalisty, którego doświadczenie podlegało punktacji, nawet jeśli wykonawca nie będzie miał realnych możliwości skierowania tej osoby do realizacji Zamówienia po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast pominięcie wskazania podstawy dysponowania pracownikiem daje potencjalnie wykonawcy czas na zorganizowanie personelu, którym nie dysponuje w chwili złożenia oferty przy jednoczesnym uzyskaniu maksymalnej punktacji za doświadczenie. Innymi słowy, Asseco ma możliwość szybszego przygotowania oferty, bez ryzyka utraty punktacji, przy jednoczesnym zachowaniu prawa do wprowadzania zmian na stanowisku projektanta UX/UI. Asseco ma również możliwość powołania na etapie realizacji umowy projektanta, którym dysponuje pośrednio lub bezpośrednio (gdyż nie związał się deklaracją w tym zakresie na etapie składania ofert).

Odwołujący wyraził pogląd, że skoro Zamawiający konstruuje formularz oferty w określony sposób i wymaga ściśle określonych w tym formularzu informacji, to wykonawcy nie mogą podchodzić selektywnie do żądania sformułowanego przez Zamawiającego w tym zakresie i ograniczyć się do podawania określonych informacji - a w każdym razie nie mogą tego czynić bez narażenia na negatywne konsekwencje, jak np. utrata punktacji.

Odwołujący zaznaczył również, że informacja dotycząca doświadczenia projektanta UX/UI - zgodnie z częścią I pkt 6.20.4 SWZ - nie podlega uzupełnieniu. Nie ma tu zastosowania także żadna podstawa prawna służąca poprawianiu omyłek zawarta w art. 223 ust. 2 PZP. W konsekwencji przedstawionych powyżej uchybień Asseco powinno otrzymać w ramach kryterium „doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia” 7 punktów mniej, co z kolei prowadzi do sytuacji, w której oferta Asseco plasuje się na drugiej pozycji rankingu ofert.

Zarzut nr 4 i 5:

Jak wskazał Odwołujący System CANARD został zaprojektowany i wdrożony na rzecz Zamawiającego przez wykonawcę Asseco na podstawie umowy zawartej pomiędzy stronami

w dniu 23 listopada 2012 r. Od tamtej pory, przez ponad 10 lat, jedynym twórcą i podmiotem rozwijającym system, jest Asseco. Asseco jest autorem kodów źródłowych, zna architekturę CPD CANARD oraz dokumentację oprogramowania. Ponadto, Asseco brało udział w szacowaniu Zamówienia. Jak wynika z notatki do wniosku o udzielenie zamówienia publicznego (sporządzonej przez Zamawiającego przed wszczęciem Postępowania), Zamawiający wysłał pytanie o szacunkową wartość zamówienia do 16 potencjalnych wykonawców. Dostał jedynie dwie odpowiedzi - od Sygnisoft S.A. oraz Asseco.

Odwołujący zwrócił na obowiązkową wizję lokalną, która obejmowała 137 różnych dokumentów składających się na dokumentację powykonawczą dotyczącą różnych elementów lub modułów CPD CANARD. Zamawiający nie zezwalał na kopiowanie plików, robienia fotokopii czy innego utrwalania treści dokumentacji powykonawczej. To zaś oznacza, że wizja lokalna, trwająca kilka godzin, obejmująca 137 dokumentów, a w efekcie - tysiące stron dokumentacji - miała charakter wyłącznie fasadowy i nie mogła skutkować tym, że jakikolwiek inny wykonawca niż Asseco będzie w stanie poznać CPD CANARD w stopniu, w jakim zna go Asseco. Ponadto, podczas wizji nie udostępniono wykonawcom kodów źródłowych CPD CANARD, którymi dysponuje wyłącznie Asseco.

Wszystkie powyższe okoliczności - zaangażowanie w budowę CPD CANARD, wiedza na temat architektury i funkcjonowania systemu, znajomość kodu źródłowego oraz ostatecznie udział w szacowaniu prowadzący do ustalenia wartości Zamówienia w sposób niewspółmierny z rzeczywistą wartością ofert - prowadzi do wniosku, że Asseco było zaangażowane w przygotowanie o udzielenie Zamówienia, a jego udział daje mu nieusprawiedliwioną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami.

Powyższe okoliczności, mając na względzie treść art. 85 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, powinny prowadzić do wykluczenia Asseco z postępowania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wprowadził podjął środki mające na celu zapewnienie, że udział Asseco w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji, jednakże okazały się one niewystarczające. Konieczność udziału w wizji lokalnej - trwającej kilka godzin, obejmującej kilkaset dokumentów - nie zapewniało wyrównania szans wykonawców innych niż Asseco i nie zapewniało wyeliminowania zakłócenia konkurencji występującego aktualnie w Postępowaniu. Stąd, jedynym sposobem na przywrócenie równowagi konkurencyjnej w Postępowaniu jest wykluczenie wykonawcy Asseco. Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO 1680/22.

Zarzut nr 6:

Odwołujący wskazał, że zarzut ma związek z okolicznościami faktycznymi przywołanymi w zarzucie nr 4 i 5, tj. z zaangażowaniem Asseco w przygotowanie Postępowania.

Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą oświadczenia w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Jednolity dokument, który złożył Asseco, zawierał w części III lit C oświadczenie, że wobec Asseco nie zachodzi podstawa wykluczenia ze względu na konflikt interesów spowodowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Oświadczenie Asseco złożone w JEDZ-u nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji sprzecznego z dobrymi obyczajami, zagrażającego interesy innego przedsiębiorcy i klienta (Zamawiającego).

Jak wskazał Odwołujący, w przypadku oferty Asseco mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ Asseco - w celu uniknięcia ryzyka wykluczenia z Postępowania - podało nieprawdziwe informacje w JEDZ-u. Uniemożliwiło to Zamawiającemu i innym wykonawcom zweryfikowania oferty Asseco i wyrównania szans o uzyskanie Zamówienia. Powyższe działania prowadzą do ograniczenia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom biorącym udział w Postępowaniu (lub nim zainteresowanym)].

W kontekście niniejszego zarzutu Odwołujący przytoczył rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2022 r. , w którym Izba stwierdziła: „brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w zakresie IN RE. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia. Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art 226 ust 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji ”.

Powyższe okoliczności, powinny zdaniem Odwołującego, skutkować uwzględnieniem odwołania i nakazaniem Zamawiającemu wykonania określonych czynności, zgodnie z żądaniem odwołania.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 3 marca 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajęł Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazywał, co następuje:

Zarzut nr 1:

Zamawiający wskazał, że podstawowymi powodami uznania, że złożone przez Odwołującego Wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, były następujące okoliczności :

Wyjaśnienia (oraz załączona do nich kalkulacja są nieweryfikowalne w jakimkolwiek, nawet najmniejszym zakresie) Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu jakichkolwiek informacji lub narzędzi, które umożliwiłyby Zamawiającemu realizację ciężącego na nim obowiązku weryfikacji, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska . Uznając takie wyjaśnienia Zamawiający musiałby bazować wyłącznie na subiektywnym przekonaniu Odwołującego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a Odwołujący osiągnie zysk z tytułu realizacji zamówienia. Takie działanie byłoby niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy PZP.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, niekonkretne oraz nierzetelne. Odwołujący nie wskazał w wyjaśnieniach jakichkolwiek konkretnych informacji, które wskazywałyby na realność zaoferowanej ceny. Jak wskazano w Informacji, Odwołujący dołożył więcej starań dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień, niż do kwestii wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Ponadto zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie dołączył do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów pozwalających na obiektywne stwierdzenie, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska – co prawda Odwołujący przedłożył ogólną, jednostronicową kalkulację własną i twierdzi (zdaniem Zamawiającego –niesłusznie), że za dowody należy uznać także adresy stron internetowych wskazanych w tej kalkulacji, niemniej nie są to informacje, które pozwoliłyby Zamawiającemu na dokonanie weryfikacji, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Jak kontynuował Zamawiający, niezależnie od treści wezwania, w przypadku skierowania do wykonawcy wezwania w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, to wykonawcę obciąża ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co wynika wprost z art. 224 ust. 5 PZP. „Ogólny” charakter wezwania (co zdaniem Zamawiającego nie miało miejsca w niniejszej sprawie) nie może być usprawiedliwieniem dla wykonawcy dla złożenia lakonicznych, niekonkretnych, nieweryfikowalnych i niepopartych obiektywnymi dowodami wyjaśnień. Z chwilą skierowania do wykonawcy wezwania w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP powstaje domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, niezależnie od treści wezwania. W interesie wykonawcy leży zatem złożenie wyjaśnień skonkretyzowanych, które pozwolą obalić to domniemanie. Jeżeli wykonawca (tak jak w niniejszej sprawie) w

odpowiedzi na wezwanie wystosowane w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP składa ogólne, niepoparte obiektywnymi dowodami i nieweryfikowalne wyjaśnienia (w myśl zasady „jakie pytanie –taka odpowiedź”), to powinien liczyć się w świetle treści art. 224 ust. 6 PZP z konsekwencją w postaci możliwości uznania, że jego oferta zostanie odrzucona z powodu niewykazania, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający odniósł się również w szczególności do wyjaśnień ceny Odwołującego, przedstawiając stosowne argumenty na odparcie stawianych zarzutów.

Zarzut nr 2:

Zdaniem Zamawiającego, Przystępujący w zakresie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dopełnił wszelkich wymagań stawianych w dokumentacji Postępowania i wykazał (przedkładając stosowne dowody), że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Co istotne, zastrzeżenie przez Przystępującego tych informacji zostało dokonane w możliwie niewielkim zakresie –dotyczy wyłącznie imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia, zatem Odwołujący może w pełni zweryfikować doświadczenie posiadane przez te osoby, gdyż informacje dotyczące doświadczenia nie zostały zastrzeżone. Zdaniem Zamawiającego zastrzeżenie dokonane przez Przystępującego nie miało zatem na celu utrudnienia weryfikacji przez pozostałych wykonawców prawidłowości przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert, a miało zgodnie z twierdzeniami Przystępującego służyć zapobieganiu zjawisku „podkupowania” pracowników.

Podsumowując, zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 –3 PZP nie jest zasadny – stanowisko Odwołującego jest rażąco niespójne, gdyż sam twierdził, że tożsame informacje zawarte w jego ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dopiero po uznaniu przez Zamawiającego, że nie doszło do skutecznego zastrzeżenia przez Odwołującego tych informacji (z uwagi na niewykazanie spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK), Odwołujący zmienił zdanie i obecnie twierdzi, że tożsame informacje zastrzeżone przez Przystępującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedłożone dowody nie są adekwatne dla stwierdzenia, czy zastrzegane informacje są publicznie dostępne –nie wynika z nich jednoznacznie tożsamość osób, których dotyczą profile na portalu LinkedIn (nie ma w nich chociażby numeru PESEL). Na niepubliczny charakter zastrzeżonych informacji jednoznacznie wskazuje fakt, że Odwołujący przedstawił dowody, które nie dotyczą osób skierowanych do realizacji zamówienia przez Przystępującego. Dodatkowo w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie został pozbawiony możliwości weryfikacji prawidłowości przyznania punktów Przystępującemu –może bowiem w dalszym ciągu zweryfikować doświadczenie wskazane przez Przystępującego.

Zarzut nr 3:

Zdaniem Zamawiającego stanowisko Odwołującego jest niezasadne. Treść specyfikacji warunków zamówienia dla Postępowania, dalej jako: „SWZ”, jednoznacznie wskazuje w punkcie 8.3.10) Części II lit. B od jakich okoliczności zależy przyznanie punktów –brak tam jest wskazania, że punkty przyznawane będą wyłącznie za pośrednie lub bezpośrednie dysponowanie osobami skierowanymi do realizacji zamówienia. Innymi słowy –Zamawiający byłby zobowiązany do przyznania punktów Przystępującemu niezależnie od tego, czy wskazałby on, że dysponuje pośrednio lub bezpośrednio osobą skierowaną do realizacji zamówienia w ramach roli „Projektant UX/UI”, gdyż informacja ta w świetle dokumentacji Postępowania nie jest niezbędna dla stwierdzenia, czy wskazana osoba posiada doświadczenie wymagane dla przyznania punktów w ramach kryterium „*doświadczenie ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia*”.

Co więcej – z całości treści oferty Przystępującego i przedłożonych w toku Postępowania dokumentów należy wyprowadzić jednoznaczny wniosek, że Przystępujący dysponuje bezpośrednio ekspertem wskazanym dla pełnienia roli „Projektant UX/UI”, gdyż nie powołał się na zasoby podmiotów trzecich. Dodatkowo z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego dnia 26 stycznia 2023 r. jednoznacznie wynika, że Przystępujący dysponuje bezpośrednio osobą wskazaną dla pełnienia roli Projektanta UX/UI.

Zatem nieprzyznanie Przystępującemu punktów w sytuacji, gdy Zamawiający ma pewność, że Przystępujący dysponuje bezpośrednio osobą skierowaną do pełnienia roli Projektant UX/UI, byłoby niecelowe i stanowiłoby nadmierny formalizm.

Zarzut nr 4 i 5:

Zdaniem Zamawiającego Przystępujący ani nie doradzał Zamawiającemu, ani nie był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie Postępowania.

Prawdziwe jest stwierdzenie, że Przystępujący jest twórcą systemu teleinformatycznego, którego utrzymanie i rozwój stanowi przedmiot Postępowania. Fakt ten jest powszechnie znany podmiotom występującym na rynku systemów teleinformatycznych. Jednak podkreślić należy, że Przystępujący wytworzył system teleinformatyczny CPD CANARD wraz z dokumentacją, która dotyczy tego systemu, w ramach odrębnej umowy łączącej go z Zamawiającym. Celem działań Przystępującego nie było zatem doradztwo lub przygotowanie przedmiotowego Postępowania(w którym to przygotowaniu Przystępujący nie uczestniczył), a należyte wykonanie innej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przystępujący nie doradzał Zamawiającemu ani nie był w jakikolwiek sposób zaangażowany w przygotowanie Postępowania –prace Przystępującego były niezależne od przygotowania przez

Zamawiającego Postępowania. Odwołujący nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu, z którego miałyby wynikać wnioski przeciwne.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podkreśla, że zdawał sobie sprawę z pewnej naturalnej przewagi Przystępującego wynikającej z faktu, że jest on twórcą systemu teleinformatycznego, którego utrzymanie i rozwój jest przedmiotem Postępowania. Z tej przyczyny Zamawiający podjął szereg konkretnych działań, które miały na celu eliminację potencjalnego ograniczenia konkurencji w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, takich jak:

1) ustanowienie obowiązkowej wizji lokalnej (podczas której Zamawiający udostępnił wykonawcom dostęp do testowej wersji systemu teleinformatycznego, w sposób umożliwiający poznanie funkcjonalności tego systemu przez okres ponad trzymiesięczny – pkt 4.7. Części III SWZ –Opis przedmiotu zamówienia),

2) ustanowienie obowiązkowego zapoznania się z dokumentacją powykonawczą (zawierającą wszystkie istotne informacje dotyczące funkcjonowania systemu teleinformatycznego przez okres ponad trzymiesięczny – pkt 4.7. Części III SWZ –Opis przedmiotu zamówienia),

3) udzielenie łącznie odpowiedzi na niemalże 400 pytań do dokumentacji Postępowania i sposobu funkcjonowania systemu teleinformatycznego stanowiącego przedmiot utrzymania i rozwoju w ramach Postępowania, w tym udzielanie odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, które wpłynęły po terminie,

4) wyznaczenie odpowiednio długiego terminu składania ofert–publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce dnia 16 września 2022 r., natomiast termin składania ofert upływał dnia 30 grudnia 2022 r., okres pomiędzy publikacją ogłoszenia a upływem terminu składania ofert wynosił zatem trzy i pół miesiąca,

5) ustanowienie okresu przejściowego we wzorze umowy, w którym wykonawca nie będzie zobowiązany do dochowania terminów SLA–w celu umożliwienia zapoznania się z funkcjonowaniem systemu teleinformatycznego przez nowego wykonawcę (por. m. in. treść punktu 3 Części III SWZ –Opis przedmiotu zamówienia, czy też treść § 3 ust. 3 Projektowanych Postanowień Umowy),

6) udostępnienie wykonawcom informacji sporządzonych na potrzeby szacowania wartości zamówienia w pełnym, a nawet znacznie szerszym zakresie niż podmiotom uczestniczącym w rozeznaniu rynku–dokumentację Postępowania obejmowałam. in. te dokumenty, które zostały udostępnione 16 podmiotom uczestniczącym w rozeznaniu rynku, które zostały następnie uszczegółowione i doprecyzowane na potrzeby Postępowania, dokumenty te były

dostępne dla wykonawców przez cały okres pomiędzy publikacją ogłoszenia o zamówieniu a upływem terminu składania ofert (tj. łącznie przez trzy i pół miesiąca).

Zamawiający podkreślił również, że Odwołujący nie kwestionował kompletności opisu przedmiotu zamówienia we właściwym czasie – dopiero w sytuacji, gdy okazało się, że złożona przez niego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, kwestionuje kompletność opisu przedmiotu zamówienia i wskazuje na rzekomą przewagę konkurencyjną Przystępującego.

Zamawiający dodał także, że w ramach udostępnienia dokumentacji powykonawczej na miejscu u Zamawiającego Odwołujący miał możliwość zapoznania się z kodami źródłowymi Systemu CPD CANARD, co wynika wprost z przedłożonego przez niego dowodu (por. pozycja 112 załącznika nr 10 do odwołania „Lista dokumentów objętych wizją lokalną”).

Sugestie o rzekomym fasadowym charakterze wizji lokalnej lub zapoznaniu się z dokumentacją na miejscu u Zamawiającego są nieprawdziwe. Wykonawcy uczestniczyli w wizji lokalnej w zależności od swoich potrzeb od kilku godzin do kilku dni.

Zgodnie z zapisami SWZ wykonawcy mieli możliwość uczestnictwa w wizji lokalnej oraz możliwość zapoznania się z dokumentacją powykonawczą przez cały okres pomiędzy publikacją ogłoszenia o zamówieniu a upływem terminu składania ofert, tj. od 16 września 2022 r. do 30 grudnia 2022 r. Warunkiem uczestnictwa w wizji lokalnej było złożenie stosownego wniosku.

Zarzut nr 6:

Zamawiający wskazał, że skoro Przystępujący nie uczestniczył w przygotowaniu Postępowania, to nie miał obowiązku wskazania tej okoliczności w złożonym dokumencie JEDZ. Jak również podkreślił Zamawiający, w świetle treści Odwołania nie jest możliwe uznanie, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w świetle art. 3 ust. 1 UZNK, gdyż nie precyzuje nawet na czym miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji, a dodatkowo Odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 UZNK (nie podjął nawet próby wykazania), w szczególności w kontekście zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów, które miałyby świadczyć o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i chociażby o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Całość argumentacji przedstawionej przez Odwołującego jest natomiast nieadekwatna, gdyż wskazana pozycja w formularzu JEDZ nie dotyczy przesłanki wykluczenia, która jest

przywoływana przez Odwołującego. W tym względzie Zamawiający powołał się na instrukcję wypełniania JEDZ dostępną na stronach UZP.

Wobec przedstawionej argumentacji, zdaniem Zamawiającego, zarzuty odwołania powinny zostać oddalone.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem procesowym z dnia 4 marca 2023 r. swoje stanowisko w sprawie przedstawił również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący w pierwszej kolejności wskazał na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania. Zdaniem Przystępującego nawet w przypadku, gdyby oferta Odwołującego podlegała ocenie – to Odwołujący otrzymałby łącznie mniej punktów niż Asseco. Oferta Odwołującego w każdym przypadku uplasowałaby się na 2 miejscu – niezależnie od tego, czy zarzut 3 odwołania okazałby się zasadny, czy też nie.

Zdaniem Przystępującego, nawet przy przyjęciu na potrzeby symulacji korzystnych dla Odwołującego założeń, tj. w przypadku, gdyby zarzut 1 i 3 zostały uwzględnione to i tak w wyniku oceny przy powyższych założeniach oferta Odwołującego uzyskałaby 2 miejsce, uzyskując 20,50 punktów w kryterium doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Wobec powyższego – odwołanie PolCam podlega oddaleniu wobec faktu, że Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia w takim zakresie, w jakim wskazał to w odwołaniu w pkt IV.5 Odwołania.

Zarzut nr 1:

W zakresie zarzutu nr 1 Przystępujący co do zasady podzielił stanowisko Zamawiającego. Dodatkowo wskazał, że wyjaśnienia RNC w całości zajmują ok. 19 stron (może 19,5). Asseco otrzymało tylko część jawną, jednakże pozyskało informacje, ile stron zajmują części zastrzeżone. Z tych 19 stron aż 14 stron to uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Same Wyjaśnienia RNC to raptem 5,5 strony. Do Wyjaśnień RNC załączono 5 załączników – z czego 4 załączniki są załącznikami do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a tylko 1 załącznik to załącznik do samych Wyjaśnień RNC - Z5 – Szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej – przy czym załącznik ten ma raptem 1 stronę i nie jest niczym innym, jak oświadczeniem własnym PolCam, a nie dowodem (oświadczenie własne nie jest dowodem). Już powyższe okoliczności mogą potwierdzać wadliwość wyjaśnień ceny Odwołującego.

Przystępujący wskazał dodatkowo na przykładowe czynniki cenotwórcze, które powinny zostać wyjaśnione przez Odwołującego, a które – jego zdaniem – wyjaśnione nie zostały, co również świadczy o wadliwości wyjaśnień.

Zarzut nr 2:

Przystępujący wskazał, że zakres zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w wykazie osób dokonany przez Asseco jest zgodny ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w wyroku w sprawie C-54/21 oraz przytoczył fragmenty uzasadnienia ww. wyroku. Zgodnie z powyższym stanowiskiem TSUE możliwe zatem jest zastrzeżenie tzw. danych identyfikujących, do których należą niewątpliwie imię i nazwisko. Z kolei – zgodnie z polskim Prawem zamówień publicznych – jeśli dana informacja w ogóle może zostać skutecznie zastrzeżona, to należy dla niej przedstawić uzasadnienie i wykazać ziszczenie się przesłanek art. 11 ust. 2 UoZNK.

Asseco w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazie osób precyzyjnie wskazało na ryzyko i ewentualne szkody, jakie może ponieść w sytuacji ujawnienia zastrzeżonych informacji, podając jej konkretną wartość, załączając jednocześnie dowody wykazujące spełnienie przesłanek formalnych zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe świadczy zatem o prawidłowości uznania przez Zamawiającego, że określone informacje zostały przez Przystępującego zastrzeżone skutecznie.

Zarzut nr 3:

Przystępujący wskazał, że braki, na które uwagę zwracał Odwołujący, stanowią oczywistą omyłkę pisarską. Dodatkowo podkreślił, że punktacja nie była uzależniona od rodzaju dysponowania – w szczególności Zamawiający nie punktował wyżej tych członków personelu, którzy są zasobem własnym wykonawcy – co czasami ma miejsce w niektórych postępowaniach. Tym samym – brak wskazania na sposób dysponowania w żaden sposób nie wpływa na liczbę punktów, jakie Asseco otrzymało dla projektanta UX/UI.

Przystępujący dodał również, że Asseco w ogóle nie mogło wskazać w Wykazie osób na dysponowanie pośrednie – a to ze względu na fakt, że nie korzysta z żadnych użyczonych zasobów w jakimkolwiek zakresie – co wynika wprost z treści oferty. Dodatkowo do wyjaśnień ceny złożonych przez Asseco załączono umowę o pracę pomiędzy projektantem UX/UI a Asseco.

Zarzut nr 4 i 5:

Zdaniem Przystępującego wykonawcy PolCam znana jest dokumentacja powykonawcza. Wynika to zresztą także właśnie z obiektywnie minimalnego czasu udziału w obowiązkowej wizji lokalnej (nieco ponad 1h) i to w minimalnym składzie osobowym ze strony Odwołującego (1 osoba). Logicznym wydaje się być sytuacja, że w przypadku faktycznego braku wiedzy o systemie CANARD Odwołujący powinien wykorzystać możliwość jej pozyskania poprzez udział w wizji lokalnej w maksymalnym, umożliwionym przez Zamawiającego wymiarze czasowym i merytorycznym składzie osobowym po swojej stronie.

Zgodnie bowiem z SWZ pkt 4.7 – Zamawiający nie określił ani maksymalnego czasu udziału w wizji lokalnej (zastrzegł tylko, że wizja odbywać się będzie w godzinach 10:00 – 15:00), ani nie określił, ile takich wizji jest możliwych do przeprowadzenia. Nie wskazał też dopuszczalnej liczby osób ze strony wykonawcy (ograniczeniu podlegał jedynie termin zgłoszenia przez wykonawcę wniosku o wyznaczenie terminu wizji tj. nie później niż 10 dni przed terminem składania ofert.

Tym samym zarzut w pkt 60 – że wizja lokalna trwała tylko kilka godzin jest zarzutem, który nie może zostać skutecznie podniesiony przez Odwołującego. Otóż PolCam uczestniczył w wizji w wymiarze zaledwie 1 godziny i sam na etapie przygotowania oferty pozbawił się możliwości zapoznania się z dokumentacją powykonawczą w większym wymiarze. Wynikało to oczywiście z faktu, że po prostu PolCam doskonale zna dokumentację powykonawczą, w ogóle nie potrzebował wizji lokalnej – a wziął w niej udział wyłącznie z przyczyn formalnych.

Oprócz tego Przystępujący wskazał, że jego zdaniem nieprawdą jest, że brał on udział w szacowaniu wartości zamówienia. Dodatkowo, jego zdaniem, dla podniesienia zarzutu naruszenia art. 85 ust. 2 ustawy PZP koniecznym byłaby argumentacja ze strony Odwołującego, że Asseco wytworzyło jakikolwiek element dokumentacji systemu CANARD, który nie stanowi obecnie elementu dokumentacji postępowania, a który nie byłby dostępny dla wszystkich wykonawców na etapie przygotowania oferty. Oczywistym i niespornym jest, dlaczego PolCam w ogóle takiej okoliczności nie podniósł – otóż dlatego, że taka okoliczność nie zaistniała w niniejszym postępowaniu. Zamawiający udostępnił wykonawcom całość dokumentacji powykonawczej – co jest niesporne między wszystkimi uczestnikami postępowania.

Przystępujący poparł również twierdzenia Zamawiającego w zakresie wizji lokalnej. Dodał także, że Asseco nie zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w trybie art. 85 ust. 2 PZP. Norma ukonstytuowana w art. 85 ust. 2 PZP wyraźnie wskazuje, że nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy, jeśli nie zapewni się takiemu wykonawcy możliwości udowodnienia braku zakłócenia konkurencji. Wobec tego zarzut 4 jest przedwczesny i jako taki w ogóle nie może zostać uwzględniony. Nie jest bowiem możliwe wykluczenie wykonawcy na podstawie

art. 85 ust. 2 PZP bez uprzedniego umożliwienia mu udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Zarzut nr 6:

Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie sprecyzował, jakiego czynu nieuczciwej konkurencji dopuściło się Asseco składając ofertę. Wskazał jedynie ogólnikowo, iż Oświadczenie Asseco złożone w JEDZ-u nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji sprzecznego z dobrymi obyczajami, zagrażającego interesom innego przedsiębiorcy i klienta, domniemywa jakoby Asseco podało nieprawdziwe informacje co należy uznać za argumentację niewystarczającą i bezpodstawną. Odwołujący twierdzi, iż rzekome podanie nieprawdziwych informacji w JEDZ przez Asseco prowadziło do ograniczenia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom biorącym udział w Postępowaniu, natomiast Odwołujący nie precyzuje, w jaki sposób doszło do ograniczenia dostępu do rynku. Wobec tego zarzut powinien podlegać oddaleniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Przystępującego, że Odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu, punktacja Przystępującego może zostać obniżona w większym stopniu niż żąda tego Odwołujący w zakresie zarzutu nr 3. W sytuacji bowiem uwzględnienia zarzutu nr 2, istniała potencjalna szansa na to, że punktacja uzyskana przez Przystępującego zostanie zakwestionowana w większym zakresie, np. poprzez wniesienie kolejnego środka ochrony prawnej dotyczącego utajnionych wcześniej informacji. Powyższe świadczy o tym, że na moment wniesienia odwołania Odwołujący posiadał interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP. Przystępujący podnosił zarzut przekroczenia terminu na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 – Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Przystępującego. Wskazać należy, że pismo z 19 stycznia 2023 r., na które powoływał się Przystępujący, stanowiło informację o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale jedynie w stosunku do Odwołującego. Na podstawie tego pisma Odwołujący nie mógł z całą pewnością stwierdzić, że również w stosunku do pozostałych wykonawców Zamawiający zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa. Z tego względu Izba podziela stanowisko Odwołującego, że każdy z wykonawców łącznie z Przystępującym miał prawo wnioskować, że badanie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało zakończone. Zamawiający nie wyartykułował jednoznacznej informacji, że zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do każdego z wykonawców. Dodatkowo, Zamawiający nie odpowiedział w ogóle na wniosek Przystępującego z prośbą o przedstawienie informacji czy zostały zakończone czynności związane z badaniem i oceną spełnienia ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie przez Wykonawców informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pismo z dnia 4 stycznia 2023 r.). W związku z powyższym, zdaniem Izby zarzut ten nie jest spóźniony.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, dalej jako: „Przystępujący”. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego składane były następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. Dowody Odwołującego:
 - a. Zrzuty ekranu profili pracowników Asseco prowadzonych na portalu LinkedIn;
 - b. Informacja ze strony <https://www.gov.pl/web/qitd/asseco-zbuduje-centralny-system-przetwarzania-dla-canard>;
 - c. Notatka do wniosku o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 maja 2022 r.;
 - d. Lista dokumentów objętych wizją lokalną;
 - e. Pismo stanowiące odpowiedź Przystępującego na zapytanie Zamawiającego dotyczące rozeznania rynku i szacowania wartości przedmiotu zamówienia z dnia 29.04.2022 r.
2. Dowody Zamawiającego:
 - a. korespondencja mailowa skierowana do 16-tu wykonawców z zapytaniem dot. przedstawienia ofert cenowych wartości zamówienia na usługę zamieszczone pod adresem <https://www.gov.pl/web/qitd/utrzymania-i-rozwoju-systemu-teleinformatycznego-cpd-canard2>

Izba wzięła pod uwagę ww. dowody, jednak oparła się tylko na niektórych z nich, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia wyroku.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

1.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utrzymanie i rozwój systemu teleinformatycznego CPD Canard, numer sprawy: BDG.ZPB.230.13.2022.

Oferty w postępowaniu złożyło 4 wykonawców: Asseco Poland S.A., konsorcjum firm w składzie Comarch Polska S.A. oraz Comarch S.A., S&T Poland Sp. z o. o. oraz PolCam Systems Sp. z o.o.

W dniu 10 lutego 2023 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty Asseco Poland S.A. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP.

W dniu 18 stycznia 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty Odwołującego.

Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia mogą dotyczyć okoliczności wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy PZP, a następnie pouczył, że to *„wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej realizacji Umowy, zapewniając zarazem Wykonawcy osiągnięcie zysku. W związku z powyższym wyjaśnienia powinny obejmować kalkulację składowych kosztów realizacji zamówienia oraz wykazywać w szczególności co spowodowało obniżenie ceny (wyliczenia dotyczące składników ceny lub innej kluczowe wartości wpływające na wysokość oferty, poparte dowodami), a także w jakim stopniu wskazane czynniki wpłynęły na jej obniżenie. Zamawiający, nie determinując rodzaju dowodów, jakie ma przedłożyć Wykonawca, oczekuje, że spełnią one wymóg wynikający z art. 224 Pzp o złożeniu dowodów dotyczących wyliczenia ceny”*.

Zamawiający poinformował również, że *„na mocy art. 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp”*.

W dniu 26 stycznia 2023 r. Odwołujący opowiedział na wezwanie Zamawiającego, przedkładając mu stosowne wyjaśnienia. Część treści odpowiedzi i załączników do niej została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego.

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający zawarł stosowną argumentację, uzasadniającą jego zdaniem podjętą czynność. Zamawiający przedstawił główne tezy wyjaśnień Odwołującego z podziałem na część jawną i tajną tychże wyjaśnień. Wskazał również na uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując m. in. na stosowne orzecznictwo. Zdaniem Zamawiającego *„w niniejszej sprawie Wykonawca, pomimo że złożył terminowo wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie, to nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska (złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny), skutkiem czego nie obalił obciążającego jego ofertę domniemania rażąco niskiej ceny. Konsekwencją takiego stanu rzeczy było powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty Wykonawcy”*.

Podstawowym powodem dla uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny jest fakt, że *„jedynym dowodem przedłożonym przez Wykonawcę na potwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, była jednostronicowa kalkulacja własna kosztów”*.

„W ocenie Zamawiającego złożenie dowodów potwierdzających kwoty wskazane w kalkulacji załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny było nie tylko możliwe, ale również celowe w Postępowaniu. Takie działanie umożliwiłoby bowiem Zamawiającemu weryfikację oświadczeń zawartych w kalkulacji własnej Wykonawcy przy wydatkowaniu wielomilionowej kwoty z budżetu Państwa. Bez przedłożenia jakiegokolwiek dowodu nie jest możliwa weryfikacja subiektywnych planów Wykonawcy co do zysku, który w jego ocenie miałby zostać osiągnięty. Zdaniem Zamawiającego przedłożenie chociażby umów z osobami pełniącymi określone role przy realizacji zamówienia publicznego, czy też umów z podwykonawcami (lub chociażby ofert podwykonawców) nie powinno stanowić nadmiernego utrudnienia dla Wykonawcy. Działanie takie mogłoby uprawdopodobnić realność wyliczeń. Niemniej Wykonawca w Postępowaniu nie podjął jakichkolwiek czynności, które umożliwiłyby Zamawiającemu realizację obowiązku polegającego na weryfikacji rzetelności kalkulacji”.

2.

Zgodnie z postanowieniami SWZ (punkt 6.12.11), obowiązkiem wykonawców biorących udział w Postępowaniu, było złożenie wraz z formularzem ofertowym, m. in. wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Przystępujący złożył wraz z ofertą stosowny wykaz zastrzegając jego część jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący zastrzegł imiona i nazwiska osób skierowanych do realizacji zamówienia, przedstawiając stosowne uzasadnienie zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ww. wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, m. in., że:

„Dane stanowią istotną wartość organizacyjną oraz gospodarczą Asseco Poland S.A. Ponadto należy wskazać, iż są to dane osobowe chronione przepisami RODO. Wykonawca skompletował zespół osób, który w najwyższym stopniu spełnia warunki udziału w postępowaniu i zapewnia należyłą realizację zamówienia. Gwarantują to wysokie kwalifikacje oraz doświadczenie osób zaproponowanych do pełnienia poszczególnych funkcji. Przedmiotowy Wykaz został sporządzony na potrzeby niniejszego postępowania i wcześniej nie był nigdy udostępniany. Przedmiotowy Wykaz osób jest indywidualną informacją organizacyjną, posiadającą wartość gospodarczą, gdyż dzięki wskazanym osobom i ich kwalifikacjom Asseco Poland S.A. jest w stanie pozyskać i wykonać zamówienie, a ponadto w tym oraz w innych postępowaniach składać konkurencyjne oferty. Wobec faktu, że na rynku poszukiwani są wysokiej klasy specjaliści, a wskazani w wykazie specjaliści z racji posiadania wysokich kwalifikacji i doświadczenia, mających specjalistyczny charakter, jest niezbędnym zabezpieczanie się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Jest zatem oczywiste i nie wymaga szerszego uzasadnienia stwierdzenie, iż ujawnienie informacji dotyczących tych osób mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której inne podmioty konkurencyjne pozyskawszy takie informacje jak imię i nazwisko osoby umożliwiające jej identyfikację podjęłyby działania zmierzające do pozyskania wskazanej osoby udostępnionej na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. W konsekwencji ujawnienie tych konkretnych informacji na temat osoby doprowadziłoby do sytuacji, w której pozycja rynkowa uległaby znacznemu osłabieniu. Przewaga Asseco Poland S.A. wynika z tego, że dysponuje stałym i stabilnym zespołem, podczas gdy konkurenci Asseco Poland S.A. w tego typu postępowaniach bardzo często wykazują w ofertach specjalistów – freelancerów, wskazywanych w ofertach ad hoc, wyłącznie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – pomimo iż danego wykonawcy nie łączy z taką specjalistą żadna umowa. Dopiero zaś po zawarciu umowy poszukują rzeczywistych członków zespołu, który ma realizować dany projekt. Niestety – członków tego zespołu poszukują ostatnio w strukturze organizacyjnej Asseco Poland S.A. W przypadku postępowań, gdzie oferta innego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, Wykonawca spotkał się z nasiloną akcją podkupywania przez takiego wykonawcę członków personelu Asseco Poland S.A.

Wskazać należy, że sytuacja taka miała miejsce w związku z zawarciem przez Konsorcjum Comarch umowy z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania systemu KSI ZUS. Konsorcjum Comarch pozyskało 13 pracowników Asseco Poland S.A. Oczywistym jest, że utrata w/w 13 pracowników spowodowała poniesienie przez Wykonawcę wymiernej i wysokiej szkody. Takiej samej szkody można się spodziewać w przypadku przejścia pracowników wskazanych w przedmiotowym Wykazie. Utrata niektórych nawet członków personelu spowoduje zachwianie pozycji konkurencyjnej Asseco Poland S.A. Nie ulega z kolei wątpliwości, że dostęp konkurencji do takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie - pozwala konkurencji na nawiązanie kontaktu z tymi osobami i ich zidentyfikowanie, np. poprzez serwisy typu LinkedIn. Umożliwia to konkurencji dotarcie do nich, a w konsekwencji procedurę „podkupowania”. Z kolei „podkupienie” pracowników może niweczyć udział Asseco Poland S.A. w określonym przedsięwzięciu gospodarczym, jakim jest świadczenie usług na rzecz Zamawiającego i ostatecznie spowodować pogorszenie pozycji Asseco Poland S.A. na tym specyficznym rynku usług informatycznych, gdzie o sile firmy przesądzają ludzie”.

W treści uzasadnienia Przystępujący zwrócił również uwagę na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 oraz na fragmenty jego uzasadnienia.

Przystępujący wskazał również na następującą wartość gospodarczą w zakresie imienia i nazwiska:

„Posiadanie wartości gospodarczej, potwierdza okoliczność, że Asseco Poland S.A. poniosło wymierne koszty związane z zatrudnieniem danego specjalisty. Z kolei w przypadku ewentualnego „podkupienia” pracownika będzie też zmuszone ponosić dodatkowe koszty w przyszłości. Koszty te dla każdego specjalisty stanowią wielokrotność miesięcznego wynagrodzenia, co w połączeniu z faktem, że są to wysoko wynagradzani specjaliści – powoduje, że szkoda, jaką może ponieść Asseco Poland S.A. jest wysoka. Wysokość tej szkody to właśnie wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, składają się na nią:

- 1. wynagrodzenie firmy pośrednictwa pracy za znalezienie i pozyskanie pracownika, który został „podkupiony” – 1 miesięczne wynagrodzenie,*
- 2. Koszt wdrożenia pracownika w organizację pracy Wykonawcy – minimum 3 miesięczne wynagrodzenie,*
- 3. Koszt zewnętrznych szkoleń pracownika – około 25.000 złotych,*
- 4. W przypadku „podkupienia” pracownika i konieczności pozyskania nowej osoby na to miejsce - wynagrodzenie firmy pośrednictwa pracy za znalezienie i pozyskanie nowego pracownika – 1 miesięczne wynagrodzenie.*

Przedmiotowa informacja ma też wartość gospodarczą, której nie można tak łatwo wyliczyć, tj. szkodę w postaci negatywnego wpływu na organizację Wykonawcy utraty członków personelu, zwłaszcza, gdy ma to miejsce (w wyniku agresywnych działań konkurencji) w stosunku do jednego zespołu, dedykowanego do obsługi danego Zamawiającego. Szkada tutaj może być obliczona jako zmniejszenie wydajności zespołu, a co za tym idzie – zmniejszenie przychodów takiego zespołu dla organizacji Wykonawcy. Takie zmniejszenie wydajności pracy w wyniku masowego „podkupywania” pracowników może wynosić nawet około 10% przychodów pozyskiwanych od GITD, co przy skali działalności Asseco Poland S.A. stanowi wielkość znaczącą i może przekładać się na spadek efektywności powodujący wzrost kosztów około 1,15 mln zł rocznie”.

3.

Zamawiający przewidział w Postępowaniu cztery kryteria oceny ofert (część B punkt 1 SWZ):

- i. cena brutto oferty za usługę utrzymania – 30%
- ii. cena brutto jednej roboczogodziny za usługi rozwoju w ramach zamówienia podstawowego – 25%
- iii. doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia – 40%
- iv. cena brutto jednej roboczogodziny za usługi rozwoju w ramach prawa opcji – 5%

W ramach kryterium „doświadczenie i kwalifikacje ekspertów wyznaczonych do realizacji zamówienia” Zamawiający przyznawał punkty za doświadczenie poszczególnych ekspertów uczestniczących w realizacji Zamówienia. Jednym z takich ekspertów był projektant UX/UI.

Zgodnie z częścią I, pkt 6.12.11 SWZ, wraz z ofertą należało złożyć wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, zgodnie ze wzorem określonym Formularzem nr OF.2. Zgodnie z częścią I pkt 6.20.2 SWZ, „wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia składany jest (zgodnie z treścią Formularza nr OF.2) w celu przyznania ewentualnych dodatkowych punktów zgodnie z treścią Części II SWZ lit B ust 8.3.3”. Zgodnie z punktem 6.20.4, „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w związku z tym, że służy do uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z treścią Części II SWZ lit B ust 8.3.3 nie będzie podlegał uzupełnieniu w trybie właściwym dla dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu”.

Formularz OF.2 składał się z wielu tabel, każda tabela dotyczyła innego członka zespołu skierowanego do realizacji Zamówienia. W poszczególnych tabelach należało podać m. in.

imię i nazwisko, informację o podstawie dysponowania, doświadczeniu personelu wykonawcy podlegającym punktacji.

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą Formularz 0F.2. W odniesieniu do projektanta UX/UI nie podając informacji o podstawie dysponowania (dysponowanie bezpośrednie/pośrednie).

Zamawiający przyznał Przystępującemu maksymalną liczbę punktów za doświadczenie projektanta UX/UI (7 punktów).

4.

Przystępujący jest twórcą systemu teleinformatycznego, którego utrzymanie i rozwój stanowi przedmiot niniejszego postępowania.

Szacowania wartości zamówienia dokonano na podstawie kalkulacji w oparciu o przewidywane zapotrzebowanie na przedmiot zamówienia i przeprowadzone rozeznania rynku, poprzez publikację w BIP GITD w dniu 15 kwietnia 2022 r. zaproszenia do składania ofert cenowych na utrzymanie i rozwój CPD CANARD. O tym fakcie poinformowano również drogą mailową szesnaście podmiotów świadczących usługi z zakresu przedmiotu zamówienia. We wskazanym w ogłoszeniu terminie odpowiedzi udzieliło dwóch potencjalnych oferentów, natomiast czternaście podmiotów nie odpowiedziało na opublikowane zaproszenie. Szacowaną wartość zamówienia ustalono w oparciu o średnią cenę z dwóch złożonych ofert. Wśród oferentów, którzy odpowiedzieli na pytanie Zamawiającego był również Przystępujący.

Zgodnie z punktem 4.7 Części III SWZ Zamawiający przewidywał obowiązek uczestnictwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w wizji lokalnej systemu teleinformatycznego, którego utrzymanie i rozwój stanowi przedmiot zamówienia. Brak uczestnictwa w wizji lokalnej stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Pzp.

Dodatkowo Zamawiający przewidywał obowiązek sprawdzenia przez wykonawcę z dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia w postaci dokumentacji powykonawczej systemu teleinformatycznego CPD CANARD, którego utrzymanie i rozwój stanowi przedmiot zamówienia.

W celu wyznaczenia terminu wizji lokalnej lub terminu sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia na miejscu u Zamawiającego, wykonawcy powinni nie później niż na 10 dni przed terminem składania ofert zwrócić się do Zamawiającego za pośrednictwem Platformy Zakupowej w zakładce „Korespondencja” (również: „Pytania i odpowiedzi”) z wnioskiem o wyznaczenie terminu wizji lokalnej zawierającym propozycję

terminów, a także informację o osobie lub osobach uprawnionych w imieniu wykonawcy do uczestnictwa w wizji lokalnej lub w sprawdzeniu dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia na miejscu u Zamawiającego, wykorzystując do tego wnioski, którego wzór stanowi Formularz DP.6. Do wniosku należy załączyć jednocześnie podpisane Oświadczenie/zobowiązanie do zachowania poufności w związku z odbyciem wizji lokalnej, o którym mowa w punkcie 4.7.10 poniżej.

Termin wizji lokalnej oraz termin sprawdzenia dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia na miejscu u Zamawiającego zostanie wyznaczony, jeśli będzie to możliwe, z uwzględnieniem propozycji Wykonawcy – w godzinach: 10:00 – 15:00 a Wykonawca zostanie o nim poinformowany za pośrednictwem Platformy Zakupowej.

Wśród dokumentów objętych wizją lokalną, znajdowała się także „Dokumentacja oprogramowania – instrukcja budowy systemu z kodów źródłowych – CANARD_kody_zrodlowe_stan_na_2022-09-13 (pozycja nr 112 listy dokumentów objętych wizją lokalną).

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołującego zostały zastrzeżone w części jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tego względu uzasadnienie w zakresie zarzutu nr 1 będzie odnosiło się do części jawnej wyjaśnień, natomiast w zakresie części utajnionej będzie miało charakter ogólny.

Niezależnie od powyższego, w na wstępie Izba pragnie zwrócić uwagę na pewne naczelną zasady jakie zostały wypracowane w orzecznictwie i doktrynie, a dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Po pierwsze wyjaśnienia składane przez wykonawców powinny być wyczerpujące i konkretne. Ich treść powinna wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną w ofercie. A contrario – wyjaśnienia nie mogą być ogólne i lakoniczne. Mnożenie ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych.

Po drugie, treść wyjaśnień powinna pozwolić Zamawiającemu na ich zweryfikowanie i ocenę wiarygodności twierdzeń w nich zawartych. Pamiętać bowiem należy, że obowiązek

wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 224 ust. 5 ustawy PZP). W tym celu, co do zasady, do wyjaśnień powinny zostać załączone stosowne dowody, tak by Zamawiający miał możliwość zweryfikowania danych przedstawianych przez wykonawcę.

Pamiętać również należy, iż nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczególności wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt niniejszej sprawy w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego. Izba w tym zakresie zgadza się z Odwołującym, że wezwanie miało charakter ogólny. Podkreślić jednak należy, że wciąż do takich wyjaśnień, udzielanych choćby w odpowiedzi na ogólne wezwanie Zamawiającego, zastosowanie mają reguły powołane w pierwszej części uzasadnienia. Wciąż wykonawca musi także obalić ciężące na nim domniemanie ceny rażąco niskiej i nie można zaakceptować poglądu, że może to zrobić przedkładając jakiegokolwiek wyjaśnienia tylko z tego powodu, że wezwanie zamawiającego miało charakter ogólny. Wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest obowiązek odrzucenia oferty (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 września 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 81/21).

Przechodząc następnie do treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień Izba doszła do przekonania, że nie obalały one ciężącego na nim domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty.

Treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny znajdująca się w ich części jawnej dokładnie wpisuje się w ugruntowane już poglądy orzecznictwa i doktryny mówiące o tym, jak wyjaśnienia ceny nie powinny wyglądać. Odwołujący przywołuje w nich ogólniki nic nie wnoszące do sprawy i w

żaden sposób nie odnoszące się do realności zaoferowanej przez niego ceny w kontekście przedmiotu zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania. Zamawiający oceniając tę część wyjaśnień mógł w zasadzie je pominąć, gdyż nie zawierają one żadnych wymiernych danych, które mogłyby być przydatne w kontekście oceny prawidłowości kalkulacji Odwołującego. Trafnie więc uznał Zamawiający, że część opisowa wyjaśnień jest ogólnikowa, lakoniczna, niekonkretna i nierzetelna. Dotyczy to również krótkiego fragmentu części opisowej zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Charakter tych informacji również nic nie wnosi do sprawy. Uwzględniając zatem podwyższony miernik staranności z uwagi na zawodowy charakter działalności prowadzonej przez Odwołującego, a także skalę zamówienia, wyjątkowo negatywnie należy ocenić tę właśnie część wyjaśnień ceny Odwołującego. W tym zakresie Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, jak też w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego i przyjmuje ją za swoją.

Odnosząc się z kolei do części utajnionej wyjaśnień, Izba pragnie wskazać, że również ta część wyjaśnień nie obaliła ciężącego na Odwołującym domniemania rażąco niskiej ceny oferty.

Jak wskazał Zamawiający w części jawnej uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego: „jedynym dowodem przedłożonym przez Wykonawcę na potwierdzenie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, była jednostronicowa kalkulacja własna kosztów.” Sporną kwestią między stronami było m. in. to, czy samą kalkulację można uznać za dowód w ramach składanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby rygor dowodowy, który ustawa nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku. W wezwaniu zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem uzasadniały przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. To, że kalkulacja cenowa została wytworzona przez wykonawcę nie przesądza także o tym, że pozbawiona jest jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje takie, jak każdy dowód, podlegają ocenie Zamawiającego (tak też SO w Warszawie w wyroku z dnia 22 grudnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 90/21). Dlatego zdaniem Izby na takiej tylko podstawie, że jedynym dowodem przedłożonym do wyjaśnień ceny jest kalkulacja własna, nie można automatycznie uznać, że nie potwierdza ona w wystarczający sposób zaoferowanej ceny ofertowej. Ocena taka może być zarówno pozytywna, jak i negatywna i powinna zostać dokonana w oparciu o całokształt okoliczności danej sprawy.

Inną sprawą jest, że Zamawiający każdorazowo powinien mieć możliwość pełnego zweryfikowania składanych wyjaśnień. Izba w tym zakresie w pełni zgadza się z orzecznictwem przywoływanym przez Zamawiającego, z którego wynika, że wykonawca w ramach odpowiedzi na wezwanie powinien przedłożyć wyjaśnienia i dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia, zaś zamawiającemu pozwolą zweryfikować wiarygodność i prawidłowość przedłożonych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny. To też leżało właśnie u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego – Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego tylko i wyłącznie dlatego, że jedynym dowodem załączonym do wyjaśnień była kalkulacja ceny. Powodem odrzucenia był fakt, że część opisowa wyjaśnień w połączeniu z rzeczoną kalkulacją nie pozwalały Zamawiającemu „na realizację obowiązku polegającego na weryfikacji rzetelności kalkulacji.” Zamawiający uznał, zdaniem Izby słusznie, że załączenie dowodów mogących uprawdopodobnić realność wyliczeń Odwołującego nie powinno stanowić dla niego nadmiernego utrudnienia. Natomiast brak ich załączenia, uniemożliwił Zamawiającemu obiektywne stwierdzenie, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Gdyby Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego oznaczałoby to, że jego ocena oparta jest w zasadzie tylko i wyłącznie na subiektywnych oświadczeniach i przewidywaniach wykonawcy zawartych w kalkulacji cenowej, bez jakiegokolwiek poparcia tych oświadczeń materiałem dowodowym. Przyjęcie prawidłowości takiego podejścia stałoby w sprzeczności z przepisami ustawy PZP oraz dorobkiem orzecznictwem wypracowanym na ich gruncie.

Powyższa okoliczność, zdaniem Izby, jest o tyle istotna, że powszechną praktyką wykonawców działających na rynku zamówień publicznych jest wykazywanie realności kosztów pracy poprzez załączanie jako dowodów np. umów o pracę czy też zobowiązań personelu do świadczenia usług po określonych stawkach. Tego typu informacje stanowią potwierdzenie, że wykonawca poniesie koszt w wysokości takiej, na jaką wskazuje w kalkulacji cenowej. Umożliwiają one zamawiającemu zweryfikowanie rzetelności kalkulacji. Nie sposób również uznać, że pozyskanie takich dowodów mogłoby stanowić dla wykonawcy jakiś problem.

Podsumowując zatem uznać należy, że jeżeli złożone wyjaśnienia nie są wyjaśnieniami umożliwiającymi weryfikację poprawności dokonanej kalkulacji pod kątem tego, czy jej wynik w postaci ceny uwzględnia wszystkie konieczne elementy kosztotwórcze we właściwej wysokości, to należy uznać, że takie wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. To nie zamawiający ma dążyć do ustalenia, czy za zaoferowaną cenę jest możliwe wykonanie zamówienia, lecz to wykonawca, wezwany do wyjaśnień, musi dołożyć wszelkich starań, aby rozwiązać w powyższym zakresie wszelkie jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego (tak też KIO w wyroku z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2835/21).

Izba w pełni popiera również argumentację Zamawiającego dotyczącą ewentualnego ponownego wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Nawet bowiem w przypadku kolejnego wezwania Zamawiający nie mógłby uwzględnić dowodów potencjalnie uzupełnionych przez Wykonawcę z uwagi na fakt, że nie zostały dołączone do pierwotnych wyjaśnień. Nie jest zatem zasadne skierowanie do Wykonawcy ponownego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny a wniosek przeciwny naruszałby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się jeszcze do kalkulacji cenowej, której treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący jedynie część danych zawartych w kalkulacji opiera na zewnętrznych źródłach, do których odsyła w jej treści. Część z danych w ogóle nie jest poparta jakimkolwiek zewnętrznym odniesieniem. Ponadto trudno uznać informacje o rynkowości określonych stawek za dowód potwierdzający ponoszenie przez wykonawcę właśnie takich kosztów. Dowód taki może potwierdzać jedynie to, że określona przez wykonawcę kwota w kalkulacji jest kwotą rynkową, nie zaś faktyczną wysokość kosztów jaką dany wykonawca będzie ponosić przy realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Izba popiera argumentację Zamawiającego, który wskazywał, że tego rodzaju „dowody” mogą wskazywać jedynie na określone warunki rynkowe, natomiast nie dowodzą w jakimkolwiek zakresie tego, jakie koszty poniesie sam Odwołujący. Celem wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie jest zbadanie realiów rynku, którego dotyczy przedmiot zamówienia, a stwierdzenie, że wykonawca jest w stanie ponieść koszty związane z realizacją zamówienia i osiągnąć zysk z tego tytułu.

Podsumowując zatem, zdaniem Izby Odwołujący, wbrew wyraźnemu wymaganiu wynikającemu z treści wezwania, nie przedłożył jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby, że mógł on zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie. Wyjaśnienia uniemożliwiają Zamawiającemu realizację obowiązku weryfikacji realności zaoferowanej ceny. W konsekwencji Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Po stronie Zamawiającego powstał więc obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem zarzut odwołania zasługiwał na oddalenie.

Zarzut nr 2:

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 (ust. 3).

Jak z kolei stanowi art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe przepisy statuuja jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jaką jest zasada jawności postępowania. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy PZP. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP. Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak podnosi się w orzecznictwie, sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba po analizie uzasadnienia sporządzonego przez Przystępującego doszła do przekonania, iż nie wykazał on zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w postaci imion i nazwisk personelu skierowanego do realizacji zamówienia. Do takiej opinii skłoniły Izbę następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności, zdaniem Izby, uzasadniając zastrzeżenie ww. informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Przystępujący upatruje wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w szkodzie, jaka może powstać w związku z podkupywaniem pracowników. Przystępujący szeroko opisuje ww. zagadnienie podsumowując, że „podkupienie” pracowników może niweczyć jego udział w określonym przedsięwzięciu gospodarczym,

jakim jest świadczenie usług na rzecz Zamawiającego i ostatecznie spowodować pogorszenie pozycji na specyficznym rynku usług informatycznych. Jednocześnie Przystępujący podejmując próbę skonkretyzowania szkody jaka mu grozi wskazuje na koszty związane z zatrudnieniem określonych specjalistów oraz potencjalne przyszłe koszty jakie może ponieść w związku z koniecznością zastąpienia podkupionych pracowników.

Wskazać jednak należy, że okoliczności na które wskazuje Przystępujący stanowią standardowy mechanizm rynkowy dotyczący każdego przedsiębiorcy zatrudniającego pracowników. Każdy przedsiębiorca ponosi koszty utrzymania pracownika. Każdy przedsiębiorca musi również liczyć się z ryzykiem wymiany kadr. W niektórych branżach ryzyko to jest niższe, w niektórych wyższe, ale występuje stale. Koszty jakie ponosi przedsiębiorca w związku z wymianą kadr wpisują się w ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej i stanowią w zasadzie koszty, jakie każdy racjonalny przedsiębiorca powinien uwzględniać w ramach kosztów prowadzonej działalności. Poza tym to, czy dany pracownik odejdzie do konkurencji najczęściej zależy od obiektywnych warunków pracy w miejscu dotychczasowego zatrudnienia. Zatem to przedsiębiorca dysponujący danym pracownikiem ma największy wpływ na to czy zechce on odejść do konkurencyjnego podmiotu. Odpowiednie zarządzanie przedsiębiorstwem powinno prowadzić do zapewniania pracownikom takich warunków pracy i płacy, by tzw. „podkupywanie” pracowników było po prostu nieskuteczne.

Ponadto pracodawca dysponuje szeregiem narzędzi, by ryzyko „podkupienia” pracowników zminimalizować, wprowadzając chociażby zakazy konkurencji w umowach o pracę. Zaznaczyć należy, że zatrzymaniu pracownika służą innego rodzaju instytucje objęte prawem pracy, a nie zastrzeżenie tego rodzaju informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (podobnie KIO: wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 500/21, wyrok z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2571/21).

Izba zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku KIO z dnia 11 stycznia 2022 r., wydanym w sprawie prowadzonej pod sygnaturą 3724/21, że w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych) jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na

tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzie do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe.

W związku z powyższym, zdaniem Izby, wyliczenia Przystępującego wskazujące na konkretną wysokość potencjalnej szkody, jaką może on ponieść w związku z „podkupieniem” pracowników, nie mogą być uznane za wykazanie wartości gospodarczej informacji o imionach i nazwiskach pracowników skierowanych do realizacji zamówienia. „Szkoda” na jaką wskazuje Przystępujący w wyjaśnieniach jest powszechnie ponoszonym kosztem w każdym przedsiębiorstwie zatrudniającym pracowników.

Okoliczność, że zarówno pracodawcy poszukują pracowników, jak też pracownicy poszukują lepszych warunków zatrudnienia (zwłaszcza w obecnej sytuacji na rynku), jest rzeczą naturalną i nie stanowi okoliczności nadzwyczajnej, która mogłaby prowadzić do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak jawność i transparentność. W tym też kontekście jawi się kolejna przeszkoda do objęcia rzeczonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a mianowicie obiektywny brak poufnego charakteru informacji zastrzeżonych przez Przystępującego, a odnoszących się do personelu skierowanego do realizacji zamówienia. Jak wynika z orzecznictwa i co potwierdza doświadczenie życiowe, informacje takie jak imię i nazwisko, kwalifikacje czy doświadczenie zawodowe danej osoby z natury rzeczy nie pozostają i nie mogą pozostawać poufne. Dysponentami tych informacji pozostają bowiem w każdym przypadku osoby, których one dotyczą.

Informacje takie jak imię i nazwisko czy kwalifikacje i doświadczenie poszczególnych ekspertów nie stanowią wyłącznej wiedzy wykonawcy, który sporządził wykaz, zatem nie można uznać, iż nie zostały ujawnione do wiadomości innych osób lub podmiotów skoro sami pracownicy mogą dowolnie informować o posiadanym przez siebie doświadczeniu (tak też: uchwała KIO z dnia 12 lutego 2020 r., KIO/KU 5/20). Wśród dowodów załączonych do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał na wzory dokumentów, które zobowiązują pracowników do zachowania w poufności informacji dotyczących spółki czy też jej przedsięwzięć lub kontrahentów. Trudno jednak uznać za taką informację dane dotyczące samego pracownika, którymi może on swobodnie dysponować bez jakiegokolwiek kontroli wykonawcy.

Okolicznością nie bez znaczenia jest, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje w postaci imion i nazwisk personelu skierowanego do realizacji zamówienia, odnoszą się do kryterium oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że dotyczą

kluczowej sfery postępowania, mającej bezpośrednie przełożenie na wybór oferty najkorzystniejszej i potencjalnie sferę skuteczności środków ochrony prawnej. Co ważne, utajnienie tak istotnych elementów oferty pozbawia pozostałych wykonawców możliwości weryfikacji prawidłowości innych ofert, co powinno być uznane za niedopuszczalne. Konkurenci mają bowiem prawo zweryfikować personel pozostałych wykonawców, żeby ustalić, czy odpowiada on wymogom zamawiającego i czy ten prawidłowo przyznał punkty.

Izba zgadza się także z argumentem Odwołującego, że uzyskanie informacji na temat imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia możliwe jest, w przypadku realizowania kontraktu w trybie zamówienia publicznego, poprzez skorzystanie z uprawnienia jakie daje ustawa o dostępie do informacji publicznej. Nawet jeśli Przystępujący podejmuje próbę ochrony tej informacji na etapie samego postępowania, to nie będzie mógł w żaden sposób zapobiec jej udostępnieniu po zawarciu umowy z podmiotem publicznym.

Podsumowując, Izba nie wyklucza, że istnieją takie kategorie przedsięwzięć, w których dysponowanie konkretnymi osobami o konkretnych kwalifikacjach, których liczba jest znacznie ograniczona, mogłoby przesądzać o przewadze jednych wykonawców nad innymi, a tym samym o wartości gospodarczej informacji o dysponowaniu takimi osobami i potencjalnej szkodzie jaką może ponieść wykonawca, jednak zdaniem Izby w niniejszym stanie faktycznym Przystępujący w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy powyższego nie wykazał, upatrując wartości gospodarczej zastrzeganych informacji jedynie w zjawisku potencjalnego „podkupywania” pracowników. Dlatego też zdaniem Izby zasadnym jest odtajnienie wykazu osób w pełnym zakresie, a zarzut odwołania zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut nr 3:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Podkreślić należy, że zamawiający jest związany uprzednio określonymi zasadami oceny ofert. Oznacza to, że nie może zmieniać reguł przyznawania punktów poszczególnym ofertom na etapie ich oceny w porównaniu do zasad określonych w dokumentach zamówienia.

W niniejszej sprawie zasady przyznawania punktów za doświadczenie projektanta UX/UI były jasne i niesporne między stronami. Zostały one opisane w części II SWZ lit. B, pkt 8.3.3 ppkt 10. W żadnym fragmencie ww. zapisów nie ma mowy o tym, by uzyskanie dodatkowych punktów uzależnione było od rodzaju dysponowania personelem. Dla otrzymania punktów istotne było tylko i wyłącznie doświadczenie osoby wskazanej w załączniku do oferty. Trzeba zatem uznać, że niezależnie od rodzaju dysponowania projektantem UX/UI, Zamawiający

przyznawał odpowiednią ilość punktów na podstawie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia tej funkcji. Taka sama ilość punktów zostałaby przyznana projektantowi UX/UI, którym Zamawiający dysponuje bezpośrednio i taka sama ilość punktów zostałaby przyznana projektantowi UX/UI, którym Zamawiający dysponuje pośrednio.

Skoro tak, to Zamawiający nie mógł na etapie oceny ofert zmienić zasad przyznawania punktów opisanych w dokumentach zamówienia i arbitralnie uznać, że tego rodzaju informacja niezbędna jest dla przyznania punktów. Działanie takie byłoby sprzeczne z treścią art. 239 ust. 1 ustawy PZP.

Izba w tym zakresie w pełni podziela argumentację prezentowaną przez Zamawiającego i Przystępującego. Izba zgadza się także, że biorąc pod uwagę całokształt oferty Przystępującego, Zamawiający miał pewność, że dysponowanie ww. osobą ma charakter bezpośredni. Tytułem przykładu wskazać należy, że jako jeden z dowodów przedłożonych przez Przystępującego do wyjaśnień ceny, załączona została umowa o pracę między Przystępującym, a projektantem UX/UI.

Z powyższych względów nieprzyznanie punktów tylko z tego powodu, że Przystępujący nie wskazał na podstawę dysponowania projektantem UX/UI byłoby niezgodne z zasadami przyznawania punktacji określonymi w dokumentach zamówienia oraz stanowiłoby przejaw nadmiernego formalizmu.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 4 i 5:

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z kolei zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem

wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Z zestawienia ww. przepisów wyraźnie wynika, że zastosowanie sankcji wykluczenia danego wykonawcy możliwe jest tylko i wyłącznie, (1) gdy doradzał on lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, przez co uzyskał on nad innymi wykonawcami nieuzasadnioną przewagę prowadzącą do zakłócenia konkurencji, (2) spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

W pierwszej kolejności należy więc ustalić, czy w rozpatrywanym stanie faktycznym Przystępujący doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący zaistnienie tejże przesłanki wywodzi z faktu, że Przystępujący jest wykonawcą zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wdrożenie systemu CPD Canard na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym w 2012 r. oraz z faktu, że jego zdaniem, brał on udział w szacowaniu wartości zamówienia, gdyż odpowiedział na zapytanie Zamawiającego dotyczące przedstawienia oferty cenowej wartości planowanego do wszczęcia zamówienia. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego o zaangażowaniu Przystępującego w przygotowanie postępowania świadczy fakt, że część OPZ stanowi dokumentacja powykonawcza wytworzona właśnie przez niego w ramach realizacji wcześniej wspomnianej umowy z Zamawiającym na zaprojektowanie i wdrożenie systemu, z którą należało się zapoznać w trakcie wizji lokalnej.

Fakt wytworzenia przez Przystępującego systemu teleinformatycznego, którego utrzymanie i rozwój stanowi przedmiot niniejszego postępowania jest niesporny. Trudno jednak uznać by działanie Przystępującego polegające na realizacji wcześniejszej umowy o udzielenie zamówienia publicznego można było traktować jako zaangażowanie w przygotowanie obecnego postępowania. Przystępujący przez realizację wcześniejsze umowy nie działał w celu doradztwa Zamawiającemu w przygotowaniu obecnego postępowania, a w celu należytego wykonania obowiązków nałożonych na niego zawartą umową. Realizacja tych obowiązków przez Przystępującego była niezależna od przygotowania przez Zamawiającego obecnego postępowania. W każdym razie Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. W tym zakresie Izba w pełni zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego.

To samo, zdaniem Izby, dotyczy rzekomego udziału Przystępującego w szacowaniu wartości zamówienia. Wskazać należy, że zapytanie o przedstawienie ofert cenowych Zamawiający skierował do 16 podmiotów. Dodatkowo, treść zapytania z wszystkimi dokumentami została

opublikowania przez Zamawiającego na stronie internetowej. Ponadto zgodnie z treścią zapytania: „*Niniejsze zapytanie jest czysto poglądowe i służy ustaleniu szacunkowej kwoty wartości usługi, potrzebnego zespołu ekspertów oraz terminu realizacji. Informacja ta ma na celu wyłącznie rozpoznanie rynku.*” Podkreślić należy, że praktyka polegająca na kierowaniu zapytań o przedstawienie ofert cenowych, które następnie stanowią pewien materiał poglądowy przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, jest powszechnie stosowana na rynku. Trudno jednak uznać, że w każdym przypadku podmiot, który odpowiada na takie zapytanie, uczestniczy w przygotowaniu postępowania poprzez udział w szacowaniu wartości zamówienia. Wniosek taki byłby zbyt daleko idący. Zapytanie cenowe było publicznie dostępne i każdy zainteresowany wykonawca mógł udzielić na nie odpowiedzi.

Nie jest również tak, że jedynie na podstawie danych przekazanych przez Przystępującego doszło do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Odpowiedź przedłożył również inny podmiot, którego szacunek nie odbiegał znacznie od szacunku Przystępującego. Zamawiający wyciągnął średnią z dwóch propozycji i w ten sposób ustalił wartość szacunkową. W notatce dotyczącej szacowania wartości zamówienia wskazał jednak, że „kwoty podane przez potencjalnych oferentów w ramach szacowania mogą znacznie odbiegać od faktycznych cen zaproponowanych w trakcie postępowania przetargowego zarówno w dół jak i w górę (...)” Zamawiający miał więc świadomość, że kwoty składanych ofert mogą znacznie odbiegać od szacunków. Nie można jednak dziwić się podejściu Zamawiającego, że ustalił wartość szacunkową posiłkując się odpowiedziami podmiotów profesjonalnie działających na rynku, które przynajmniej w teorii, są najlepszym źródłem informacji w tym zakresie. W żadnym razie jednak nie można uznać, że odpowiedź na publiczne zapytanie dotyczące ofert cenowych uznać należy za udział w szacowaniu wartości zamówienia. W innym wypadku każdy z podmiotów, który takich odpowiedzi by udzielał, byłby w przyszłości narażony na potencjalne wykluczenie z postępowania, co byłoby wnioskiem absurdalnym.

Wobec powyższego, zdaniem Izby, realizacja wcześniejszej umowy na zaprojektowanie i wdrożenie systemu, a także odpowiedź na zapytanie Zamawiającego do przedstawienia ofert cenowych, nie stanowiła zaangażowania Przystępującego w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał również, że Przystępujący w jakikolwiek inny sposób doradzał Zamawiającemu przy przygotowaniu postępowania. Skoro zatem nie miało miejsca doradzanie ani zaangażowanie w przygotowanie postępowania, to nie ma podstaw do tego by zastosowanie znalazł art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

Niezależnie od powyższego pozytywnie należy ocenić działania Zamawiającego opisane w szczegółach w odpowiedzi na odwołanie, który świadomy był pewnej naturalnej przewagi Przystępującego wynikającej z realizacji umowy na zaprojektowanie i wdrożenie systemu. W związku z powyższym, nawet gdyby uznać, że miało miejsce zaangażowanie w przygotowanie postępowania, z czym jednak Izba kategorycznie się nie zgadza, to Zamawiający podjął odpowiednie środki mające na celu zapobieżenie potencjalnemu zakłóceniu konkurencji. W związku z powyższym wykluczenie z postępowania byłoby oczywiście niedopuszczalne.

Powyższe nie zmienia oczywiście faktu, że zarzut postawiony przez Odwołującego i tak jest przedwczesny, gdyż zgodnie z treścią art. 85 ust. 2 ustawy PZP przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Skoro jednak, zdaniem Izby, nie miało miejsca zaangażowanie w przygotowanie postępowania ani doradzanie Zamawiającemu w inny sposób, to bezpodstawnym jest również kierowanie w tym zakresie wezwania do Przystępującego.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej rzekomego fasadowego charakteru wizji lokalnej, Izba w całości podziela stanowisko prezentowane zwłaszcza przez Zamawiającego i przyjmuje je jako swoje. Nie dość, że argumenty te są spóźnione – dotyczą de facto treści SWZ, to są także nieuprawnione z punktu widzenia merytorycznego. Przystępujący miał dostęp do całej dokumentacji powykonawczej przez okres od ogłoszenia postępowania do upływu terminu składania ofert czyli przez okres ponad trzech miesięcy. Tylko i wyłącznie winą Odwołującego jest, że skierował do wizji lokalnej zasoby w postaci jednego pracownika i to tylko przez nieco ponad 2 godziny w sytuacji, gdy mógł zapoznawać się z dokumentacją w zasadzie bez żadnych ograniczeń przez cały okres od ogłoszenia postępowania.

Izba w pełnej rozciągłości podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i nie widzi potrzeby jego powielania w tej części uzasadnienia.

Zarzut nr 6:

Zarzut nr 6 powiązany jest z okolicznościami wskazywanymi przez Odwołującego w ramach zarzutu nr 4 i 5.

Jak sam wskazuje w treści odwołania Odwołujący: „jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz

zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 UZNK albo deliktu nieujętego w tym rozdziale lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy”.

Odwołujący jednak wbrew prezentowanym przez siebie tezom nie formułuje w odwołaniu żadnej argumentacji kwalifikującej zachowanie Przystępującego jako deliktu, o którym mowa w rozdziale 2 UZNK albo deliktu odpowiadającemu hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy.

Izba zgadza się w tym zakresie z Zamawiającym, że w świetle treści odwołania nie jest możliwe uznanie, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w świetle art. 3 ust. 1 UZNK, gdyż jego treść nie precyzuje nawet na czym miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji, a dodatkowo Odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 UZNK (nie podjął nawet próby wykazania), w szczególności w kontekście zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba podziela również w tym zakresie poglądy orzecznicze zaprezentowane przez Przystępującego w piśmie procesowym, tj. np. pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 24 czerwca 2022 r. sygn. akt KIO 1458/22, w którym Izba stwierdziła, że Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Należy wskazać, że podniesienie zarzutu naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga określenia konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) i wykazania przesłanek składających się na dany czyn nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie nie zostało to przez odwołującego dokonane. (...)”.

Podsumowując, Odwołujący nie określił, jakiego czynu nieuczciwej konkurencji - spośród zawartego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji katalogu tych czynów – dopuścił się Przystępujący, a zatem postawiony zarzut już z tych względów należy uznać za nieuzasadniony.

Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że po pierwsze:

- pozycja z formularza JEDZ, na którą w odwołaniu powołuje się Odwołujący nie dotyczy w ogóle przesłanki, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, a fakultatywnej przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, co czyni argumenty Odwołującego wewnątrznie sprzecznymi;

- skoro zdaniem Izby Przystępujący nie brał udziału w przygotowaniu postępowania, to nie miał obowiązku wykazywania tej okoliczności w JEDZ.

Z powyższych względów zarzut należało uznać za niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołanie, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie, okazało się zasadne w części 1/6 oraz chybione w części 5/6. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem Odwołujący w części 5/6 i Zamawiający w części 1/6. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 18.600,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000,00 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie, w zaokrągleniu do pełnych złotych, do wysokości 15 500 zł ($18.600 \times 5/6$). Wobec powyższego Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 500,00 zł ($15 500 \text{ zł} - 15 000 \text{ zł}$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania, za jakie odwołujący odpowiadał w świetle jego wyniku, a kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....