

WYROK

z dnia 6 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie **1 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **11 czerwca 2021 r.**

przez wykonawcę: **Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu pn. *Utrzymanie i rozwój SIS2-SAD* (nr postępowania BF-M.3710.59.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Utrzymanie i rozwój SIS2-SAD* (nr postępowania BF-M.3710.59.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 grudnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_252 pod poz. 636364.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 czerwca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Sygnity” lub „Przystępujący”}.

11 czerwca 2021 r. Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Atos” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne):

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień oraz wykazu osób złożonych przez Sygnity, pomimo że informacje stanowiące część wyjaśnień oraz wykaz osób nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto Sygnity nie zastrzegło skutecznie informacji zamieszczonych w wyjaśnieniach i w wykazie osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 2 i 3 – przez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez Sygnity i zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
4. Art. 91 ust. 1 – przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Sygnity, pomimo że podlega ona odrzuceniu.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu.
3. Odrzucenia oferty Sygnity jako zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.
4. Dokonania ponownej oceny ofert.
5. Dokonania wyboru oferty Atosa jako najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Informacje zastrzeżone przez Sygnity dotyczą jedynie aspektów organizacyjnych przedsiębiorstwa, co wprost wskazano w treści uzasadnienia jego dokonania.

Sygnity w tym uzasadnieniu posługuje się często pojęciami ogólnymi typu „z reguły jest chroniony”, „nie ma wątpliwości”, przy czym odnoszą się one ogólnie do rynku, a nie do przedsiębiorstwa Sygnity.

Oczywistym wydaje się być, iż sposób kalkulacji ceny oferty, w szczególności przy tak dużej konkurencji na rynku informatycznym, ma niewątpliwie istotne znaczenie dla każdego Wykonawcy i z reguły jest informacją chronioną z punktu widzenia takiego przedsiębiorcy. Nie inaczej jest również w tym przypadku – Sygnity w swoich wyjaśnieniach utajnił te informacje, które posiadają dla niej istotne znaczenie o charakterze organizacyjnym, posiadających jednocześnie wartość handlową.

W ramach grupy kapitałowej Wykonawcy koszty związane wyłącznie z pozyskiwaniem personelu na potrzeby poszczególnych kontraktów, dla których Zamawiający określili wymagania w zakresie kwalifikacji personelu w ciągu roku stanowią wymierny koszt finansowy na poziomie kilkudziesięciu tysięcy złotych. (...) Wartość gospodarczą zespołu osób trudno wymiernie i kompletnie wycenić, gdyby jednak w ocenie Zamawiającego okazało się to niezbędne, to z całą pewnością przyjąć można, że pozyskanie specjalistów tej klasy i z tym doświadczeniem a także zbudowanie z nich zespołu i nabycie przez nich wspólnego porównywalnego doświadczenia jest niewątpliwie długotrwałe i kosztowne.

Według Odwołującego z uzasadnienia utajnienia wyjaśnień nie wynika, aby informacje te miały wartość gospodarczą ani wykazanie tego, gdyż nie wskazano, na jaką szkodę ich pozyskanie mogłoby narazić Sygnity, ani w jaki sposób informacje te inny przedsiębiorca mógłby wykorzystać.

W ramach uzasadnienia utajnienia wykazu osób Sygnity wskazuje raczej na koszt prowadzenia rekrutacji i budowy zespołu, z pominięciem wartości tych informacji i szkody, na jaką Sygnity mogłoby być narażone, gdyby informacje z wykazu osób zostały ujawnione, co oznacza, że Sygnity wartość gospodarczą określiło bez wskazania tej wartości.

Okoliczności prawne.

Z art. 11 ust. 2 uznk wynika, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przez wykonawcę możliwe jest po wykazaniu, że informacja ta spełnia łącznie następujące przesłanki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą, 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, 3) podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Zgodnie z definicją legalną tajemnicy przedsiębiorstwa wykazanie wartości gospodarczej jest warunkiem *sine qua non*.

Aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą, przedsiębiorca musi wykazać, że ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć wartość gospodarczą (z uzasadnienia wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 stycznia 2014 r. sygn. akt I OSK 2112/13).

Za posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, których wartość została wyliczona lub wskazana. Przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniach wyroków w sprawach sygn. akt KIO 2784/14 oraz KIO 720/21 wskazała: *Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać, że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadająca określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.*

Z uzasadnienia wyroków w sprawach sygn. akt KIO 1358/18 oraz KIO 720/21: *Nie*

zasługuje na aprobatę działania zamawiającego, który oceniając zasadność zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa bezrefleksyjnie oparł się wyłącznie na samym fakcie zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę. (...) Obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że dla uznania za prawidłowe objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wartość gospodarcza musiałaby zostać określona przez wskazanie, że informacja zastrzeżona taką wartość posiada.

Po drugie, że Sygnity nie sprostало wykazaniu Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie dochował należytej staranności w ocenie, czy Sygnity sprostало wynikającemu z art. 8 ust. 1, 2 i 3 pzp obowiązkowi udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po trzecie, że w całości aktualne także dla tego postępowania pozostaje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku KIO 2284/19, KIO 2288/19, w którym Izba nakazała odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Sygnity jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Po czwarte, że nie wskazując w sposób jednoznaczny i wymierny chociażby wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Sygnity spowodowało, że jego zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Po piąte, że załączone dowody nie dowodzą przesłanek zastrzeżenia.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

W formularzu ofertowym należało wskazać cenę oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym: *cenę brutto za należyłą realizację przedmiotu zamówienia określonego w § 2 ust. 1 pkt 1) Wzoru Umowy (utrzymanie) oraz cenę brutto za należyłą realizację przedmiotu zamówienia określonego w § 2 ust. 1 pkt 2) Wzoru Umowy (cena za 1 roboczogodzinę).*

Zamawiający wymagał następujących specjalistów [w nawiasie stawki rynkowe za 1 roboczogodzinę w zł podane jako przykładowe rynkowe, a wynikające z ofert złożonych w postępowaniach: 1) nr BDG.ZPB.230.57.2019, 2) AKMF/DZA/PZP/06/2019 (z oferty Sygnity), 3) BA-F-II-3710-59/17]: 1) kierownik projektu – certyfikat w zakresie zarządzania projektami na poziomie co najmniej PRINCE2 Foundation lub równoważny (198,80, 221,40,

271,71, 339,48, 243,54, 233,70, 413,28, 270,60, 209,10), 2) architekt systemów informatycznych – certyfikat TOGAF9 Certified lub wyższy bądź certyfikat równoważny w zakresie tworzenia architektur złożonych (230,00, 246,00), 3) analityk / projektant – certyfikat IBM Certified Solution Designer lub równoważny (184,50, 246,00, 215,00, 180,00, 125,25), 4) specjalista ds. Active Directory – certyfikat Microsoft Certified Technology Specialist Windows Server 2003 lub wyższy bądź certyfikat równoważny (184,38), 5) inżynier ds. baz danych – IBM Certified Database Administrator – DB2 10.1 for Linux, UNIX and Windows lub wyższy bądź certyfikat równoważny (210,00, 172, 20), 6) specjalista ds. systemów informatycznych (130,00, 135,18, 110,00).

Dostępność specjalistów certyfikowanych [w zakresie z pkt 3 i 4 powyżej] jest na krajowym rynku ograniczona, dzięki czemu wynagrodzenie rynkowe tych specjalistów jest odpowiednio wyższe.

Z doświadczenia rynku IT, analizy przedmiotu zamówienia i SIWZ wynika, że cena oferty musi uwzględniać co najmniej: 1) wynagrodzenie specjalistów zaangażowanych do realizacji zamówienia o wymaganych kwalifikacjach (certyfikaty) i doświadczeniu, z uwzględnieniem premii, urlopów, podwyżki etc., 2) koszty ogólnozakładowe – zarządu i administracji, mediów, wyposażenia stanowisk pracy, 3) koszty zestawienia środowisk IT, 4) koszty gwarancji; 5) inflację, 6) koszty zakładanego ryzyka projektowego, 7) zysk.

Dodatkowo [patrz wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ z 19.08.2016 r.] należało uwzględnić koszty: 1) utworzenia i utrzymania środowiska deweloperskiego wykonawcy (wraz z kosztami przynależącymi, takimi jak sprzęt itp.) [patrz pyt. 46. na str. 12.] w odpowiedzi-na-pytania-do-siwz-i-zmiana-tresci-siwz-z-dn.19.08.2016-r_.pdf do SIWZ, 2) utworzenia i przekazania Zamawiającemu oraz aktualizacji środowiska deweloperskiego do kompilacji kodów źródłowych [patrz pyt. 55 na str. 13.].

W postępowaniu oferty złożyły podmioty stale działające na rynku IT, legitymujące się zbliżonym doświadczeniem i podobnym poziomem kosztów, korzystające z dostępnych na rynku specjalistów o wymaganych w tym postępowaniu kwalifikacjach.

Cena oferta Sygnity stanowi odpowiednio 35,74% budżetu Zamawiającego i 45,51% średniej arytmetycznej ze złożonych ofert (a przy pominięciu oferty Comarchu Polska S.A. z najwyższą ceną – 59,68% tej średniej), w tym cena za miesiąc utrzymania oraz cena za 1 roboczogodzinę stanowią odpowiednio 45,51% i 42,29% średniej z cen złożonych ofert.

Stawka za 1 roboczogodzinę została określona w ofercie Sygnity na 73,80 zł, co po odjęciu podatku VAT, który każdy przedsiębiorca odprowadza do Skarbu Państwa, daje 60 zł, a uwzględniając, że średnio w miesiącu przypada 168 h, otrzymujemy średnie wynagrodzenie 10.080,00 zł. Przyjmując, że narzuty pracodawcy oraz inne koszty wynoszą ok. 47% [1] koszty pracodawcy (ubezpieczenie emerytalno-rentowe i wypadkowe etc.) –

1.713,60 zł (17%), 2) koszty pośrednie (media, biuro, wyposażenie stanowisk pracy), 3) inne koszty (inflacja, gwarancja) – 1.008,00 zł (10%)], realna wysokość wynagrodzenia wynikającego z oferty Sygnity wynosi 5.342,40. zł.

Według raportu S.&S. średnie miesięczne wynagrodzenie – jak to określono w odwołaniu – „średniego specjalisty” wyniosło w 2020 r. 6.983,00 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty przez tych samych wykonawców co w analogicznym postępowaniu z 2016 r., przy czym wymagania Zamawiającego dla specjalistów były tożsame:

- cena oferty Sygnity spadła o 17,36% w odniesieniu do utrzymania systemu (z 20.787,00 zł do 17.712,00 zł za miesiąc świadczenia usługi) i o 48,72% (z 143,91 zł do 73,80 zł) w odniesieniu do wyceny za 1 roboczogodzinę;
- wszyscy pozostali wykonawcy uwzględnili wpływ ponad 4 lat inflacji na wysokość wynagrodzeń pracowników, kosztów eksploatacyjnych, kosztów środowisk etc.

Według informacji GUS wynagrodzenia w ostatnich latach wzrosły o ok. 16%. Ze skonsolidowanego sprawozdania finansowego Sygnity wynika, że wzrost wynagrodzeń w dwóch ostatnich latach wyniósł 10% rocznie.

Sygnity w części jawnej wyjaśnień wskazało, że posiada zespół z wieloletnim doświadczeniem

W części jawnej wyjaśnień dotyczących ceny Sygnity powołało się na trzy okoliczności, które miałyby przesądzać o jego przewadze nad pozostałymi wykonawcami: 1) znajomość systemu dzięki byciu jego autorem; 2) wiedza i doświadczenie, w tym we współpracy z Zamawiającym; 3) multiprojektowość.

Atos również dobrze zna ten system, gdyż od wielu lat (od 14 kwietnia 2015 r.) utrzymuje i rozwija system CBD SIP dla Prokuratury Krajowej, a pierwotna architektura i stos technologiczny obu systemów były identyczne. Dodatkowo Atos realizuje projekty u Zamawiającego oraz ma szeroką wiedzę i doświadczenie we współpracy z nim.

Każda z firm działających w branży IT prowadzi wiele projektów jednocześnie i angażuje swoich specjalistów do wielu zadań.

Ponadto według Odwołującego Sygnity: 1) przy kalkulowaniu ceny oferty przyjęło wynagrodzenie osób o niższych kompetencjach niż wymagane w tym postępowaniu oraz uśrednioną stawkę wynagrodzenia wynikającą ze sprawozdania finansowego; 2) być może wskazało również wynagrodzenia dla zbyt małej liczby osób lub zaniżyło zaangażowanie poszczególnych osób w realizację zamówienia.

Okoliczności prawne wynikające z orzecznictwa Izby.

Po pierwsze – z uwagi na ciężar dowodu spoczywający na wezwanym do wyjaśnień wykonawcy, jest on zobowiązany do złożenia konkretnych wyjaśnień, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę i na warunkach wskazanych w SIWZ (por. uzasadnienia wyroków w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1415/09 i KIO/UZP 262/09).

Po drugie – istotne części składowe ceny oferty mogą być badane pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny (tak w uzasadnieniu wyroku z 31.05.2017 r. sygn. akt KIO 1001/17).

Po trzecie – jeżeli każda z usług rozliczana będzie odrębnie, każda z cen za poszczególne usługi winna podlegać odrębnej analizie pod kątem rażąco niskiej ceny (tak w uzasadnieniu wyroku z 23.05.2016 r. sygn. akt: KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16).

Po czwarte – (...) *dla przyjęcia, że cena jest rażąco niska należy odnieść ją do cen rynkowych, rzeczywistych, w szczególności w tym samym postępowaniu...* (z uzasadnienia wyroku z 16.01.2013 r. sygn. akt KIO 2885/12).

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, (...) *że wydaje się nieprawdopodobne, aby cena tak odmienna od wszystkich cen rynkowych w tym Postępowaniu, w tym cena za 1 h, a także cena niższa od ceny sprzed kilku lat, mogły się ostać jako wiarygodne, realne, gwarantujące należyte wykonanie zamówienia.*

Po drugie, że wyjaśnienia Sygnity, wskazujące na wieloletnie doświadczenie pracowników przeznaczonych do realizacji tego zamówienia, przeczą możliwości ustalenia niższej stawki godzinowej, gdyż wg powszechnie funkcjonujących zasad rynkowych bardziej doświadczeni pracownicy, z dłuższym stażem i doświadczeniem tzw. seniorzy zarabiają więcej od tzw. juniorów.

Po trzecie, że nie istnieją ani rynkowe, ani indywidualne okoliczności, które uzasadniałyby tak niską cenę oferty Sygnity, w tym tak drastyczną różnicę w stosunku do innych ofert.

Po czwarte, że w sytuacji tak drastycznej różnicy cen pomiędzy ofertami Sygnity z 2016 i 2021 oraz w stosunku do innych ofert złożonych w tym postępowaniu budzi jego zdumienie zaniechanie poddania przez Zamawiającego krytycznej ocenie wyjaśnień złożonych przez Sygnity.

Po piąte, że Sygnity nie mogło należycie uzasadnić ceny oferty i jej elementów składowych, gdyż takie wyjaśnienie jest zwyczajnie niemożliwe.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne dodatkowo podniesione w stosunku do poprzedniego zarzutu.

Cena za 1 roboczogodzinę ze złożonych ofert (w zł): 1) w tym postępowaniu – Comarch 202,95, Atos 158,67, Sii 159,90, Sygnity 73,80; 2) w postępowaniu BF-II.3710.7.2019 – Sygnity 110,70, Asseco 180,00, Pentacomp 123,00, S&T 105,78 zł.

Sygnity uchyliło się od podpisania umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę, utrzymanie i rozwój systemu Krajowy Rejestr Zadłużonych” (BF-II.3710.7.2019), gdzie oferta Sygnity wynosiła mniej niż połowę budżetu Zamawiającego, tj. 45,58% kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, co zmusiło zamawiającego do wybrania oferty najdroższej.

Ponadto według Odwołującego osiągnięcie tak wysokiej obniżki ceny wynikać może jedynie z kilku okoliczności, w tym np.: skierowania do realizacji zamówienia osób o niższych kompetencjach niż wymagane, zaniżenia ich wynagrodzenia lub realnego zaangażowania, przyjęcia, że ich wynagrodzenie zostanie sfinansowane przez inne projekty.

Okoliczności prawne.

Według art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp odrzuceniu podlega oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym za czyn nieuczciwej konkurencji powinno więc być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w uznk.

Klauzula generalna naruszenia dobrych obyczajów jest interpretowana w orzecznictwie w duchu podejścia ekonomiczno-funkcjonalnego. Oznacza to, że celem jest *zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług, Konkurencja powinna być przejrzysta, czytelna dla przedsiębiorców i klientów a jej wyniki niezafałszowane* [J. Szwaja, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* oraz uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 marca 2013 r. sygn. akt I ACa 923/12).

Z orzecznictwa Izby wynika, co następuje.

Po pierwsze – że brak wskazania realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji, czego nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie (tak w uzasadnieniu

wyroku z 22.10.2014 r. sygn. akt KIO 2046/14).

Po drugie – że sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym inne interesy uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie (z uzasadnienia wyroku z 17.10.2016 r. sygn. akt KIO 1823/16).

W tych okolicznościach Odwołujący wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że każde z powyżej opisanych potencjalnych zachowań Sygnity stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż oznacza budowanie pozycji kosztem pozostałych wykonawców, którzy ceny jednostkowe i w konsekwencji cenę oferty skalkulowali w swoich ofertach uczciwie, bez pominięcia lub zaniżenia istotnych elementów kosztowych.

Po drugie, że Zamawiający nie wykazał się rzetelnością przy analizie wyjaśnień złożonych przez Sygnity, działając na szkodę wykonawców, którzy złożyli realne oferty.

Po trzecie, że w przypadku ceny za 1 roboczogodzinę Sygnity albo rażąco nie doszacowało ceny, albo określiło cenę poniżej kosztów realizacji zamówienia, czym popełniło czyn nieuczciwej konkurencji.

Po czwarte, że cena oferty Sygnity, podyktowana chęcią uzyskania tego zamówienia, prowadzi do naruszenia interesu Zamawiającego (brak gwarancji kompletnej i rzetelnej realizacji zamówienia) oraz do naruszenia interesu Odwołującego, co jest niezgodne z dobrymi obyczajami.

Po piąte, że Sygnity przez zaniżenie kosztów realizacji zamówienia poniżej kosztów wytwórczych, kosztów ogólnych i bez możliwości uzyskania marży – w zakresie, w jakim to zostało wskazane powyżej – popełniło czyn nieuczciwej konkurencji.

W odpowiedzi na odwołanie z 29 czerwca 2021 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Wykaz osób był składany w celu wykazania spełnienia przez warunków udziału w tym postępowaniu, a Odwołujący w terminie przysługującym na wniesienie odwołania nie zakwestionował decyzji o spełnianiu przez Sygnity tych warunków.

Wykaz osób nie stanowi podstawy faktycznej do oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania (wsparcia technicznego) i rozwoju (modyfikacji) kluczowego dla struktur Państwa systemu informatycznego, których realizacja w głównej mierze wymaga zaangażowania personelu posiadającego wysokospecjalizowane kwalifikacje zawodowe. Zastrzeżona jawność dokumentów (wykazu osób oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) dotyczy uwarunkowań zatrudnienia, organizacji i rozliczania tego personelu.

W wyjaśnieniach Sygnity poruszane są m.in. zagadnienia dotyczące kalkulacji kosztów osobowych, określenia nakładów pracy oraz organizacji pracy zespołu skierowanego do realizacji zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że przeanalizował wnikliwie przedstawione przez wszystkich wykonawców dokumenty całościowo, zarówno dokumenty objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. wykaz osób i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jak i informacje dotyczące uzasadnienia zastosowania wyłączenia ich jawności.

Pomimo określenia przez Zamawiającego minimalnie wymaganej obsady kadrowej, wykonawcy zdecydowali się na zatrudnienie większej liczby osób oraz na zróżnicowany angaż tych osób.

Przytoczone w odwołaniu potoczne określenia dotyczące wartości gospodarczej wynikają z ogólnodostępnej dla wszystkich wykonawców części wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa, która jako dostępna konkurencji co do zasady musi opierać się na wykazaniu przesłanek możliwych do ujawnienia.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Izby (patrz m.in. uzasadnienia wyroków wydanych: 14 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1663/12, 14 maja 2013 r. sygn. akt KIO 908/13, 6 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1032/14, 5 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 874/08) dane o wykonywaniu zamówienia przez oznaczone imiennie osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu czynności, który zostanie im powierzony, mają dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, gdyż dają możliwość ubiegania się o zamówienie. Informacja o zespole tych osób może być przedmiotem zainteresowania ze strony konkurencji, ukierunkowanym na pozyskanie dla siebie poszukiwanych specjalistów z odpowiednim doświadczeniem, wykształceniem lub kwalifikacjami.

Wartość gospodarczą należy rozpatrywać odrębnie dla każdej informacji, odnosząc się do know-how posiadanego przez wykonawcę. Działalność przedsiębiorcy, w tym jego

rozwój, opierają się nie tylko na środkach materialnych, ale i na dobrach niematerialnych, w tym np. na szeroko rozumianej informacji co do zaangażowanego personelu i jego kwalifikacji.. Wiedza o tym, jak sprawnie wykonać przedmiot zamówienia przy zaangażowaniu optymalnej kadry, może przesądzać o sukcesie prowadzonej działalności. W związku z tym wartość gospodarczą posiadają także np. informacje o zaangażowanym potencjale kadrowym pozwalającym na efektywną realizację przedmiotu zamówienia.

Aby dana informacja mogła zostać uznana za posiadającą wartość gospodarczą, jej nieuprawnione ujawnienie musi albo wpływać na wartość przedsiębiorstwa, albo wywoływać szkodę po stronie przedsiębiorcy, którego tajemnicę naruszono, a informacja odnośnie zatrudnionego personelu i skali jego zaangażowania takie walory posiada.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie stawia wymogu, aby informacja miała jakąś minimalną wartość, wystarczy, że ma znaczenie gospodarcze. Oznacza to, że wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę tego typu danych zmieni strukturę zysku przedsiębiorcy, którego dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zostały ujawnione. Przedsiębiorca nie musi dokonać wyceny czy oszacowania wartości informacji wyrażonej konkretną kwotą. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z 9 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 20214/16, wartość gospodarczą można wykazywać np. dzięki podaniu liczby zamówień, które wykonawca uzyskał dzięki zastrzeżonej kadrze i dowiedzeniu, że dzięki tym właśnie osobom y zbudował i umacnia swoją pozycję rynkową.

Zgodnie z art. 55 Kodeksu cywilnego tajemnica przedsiębiorstwa stanowi niematerialny składnik przedsiębiorstwa, służący przedsiębiorcy do realizacji określonych zadań gospodarczych, co oznacza, że o jej wartości świadczą działania mające na celu jej ochronę.

Z art. 39 lit. b Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej w Dz.U. UE L 336/214 z dnia 23 grudnia 1994 r., który dotyczy handlowych aspektów praw własności intelektualnej wynika, że informacja czerpie wartość handlową z poufności oraz możliwości jej wykorzystania w walce konkurencyjnej.

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Ocena wartości gospodarczej tych informacji nie może być oderwana od istoty realizacji przedmiotu zamówienia oraz właściwego zaangażowania personelu. W tym przypadku, ponieważ Przystępujący jest podmiotem, który budował system, posiada unikatową wiedzę pozwalającą na własną ocenę możliwości zaangażowania personelu i rozkładu jego pracy w celu najbardziej efektywnej realizacji zadań nałożonych przez Zamawiającego.

Całościowa ocena dokumentacji przekazanej przez Sygnity prowadzi do wniosku,

że Sygnity sprostało obowiązkom z art. 8 ust. 1, 2 i 3 pzp. W szczególności treść zastrzeżonych informacji w połączeniu z przedstawionym uzasadnieniem tajemnicy wskazuje, że Przystępujący nie ograniczył się tylko do złożenia oświadczenia co do przyczyn poczynionego zastrzeżenia. Przystępujący jednoznacznie potwierdził, że utajnione informacje – obejmujące sposób przygotowania i kalkulacji jego oferty, w tym koszt zatrudnienia i zaangażowania personelu w określone zadania na potrzeby utrzymania i rozwoju systemu Zamawiającego – posiadają wartość gospodarczą oraz spełniają pozostałe przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

W ramach rozeznania rynku przeprowadzonego we wrześniu i zaktualizowanego w grudniu 2020 r. na potrzeby ustalenia wartości szacunkowej tego zamówienia Atos wskazał 3.621.120,00 zł brutto, a w postępowaniu złożył ofertę z ceną 2.082.695,04 zł brutto, czyli o 1.538.424,96 zł niższą.

17 marca 2021 r. przed otwarciem ofert Zamawiający wskazał, że na sfinansowanie tego zamówienia zamierza przeznaczyć 3.435.832,95 zł. W postępowaniu złożono 4 oferty.

1 kwietnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp wystąpił zarówno do Sygnity, jak i do Atosa o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

W zakreślonym do 12 kwietnia 2021 r. terminie Wykonawcy przedstawili wyjaśnienia i załączyli dowody potwierdzające okoliczności w nich wskazane.

Złożone przez Sygnity wyjaśnienia wraz z kalkulacjami oraz dowodami potwierdzają, że cena jego oferty: a) uwzględnia wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, b) uwzględnia udział w realizacji zamówienia wszystkich wymaganych przez Zamawiającego specjalistów oraz prawidłowe skalkulowanie nakładów pracy dla poszczególnych ról w zespole, c) znajduje oparcie w umowach o pracę dla przedstawicieli poszczególnych specjalizacji, potwierdzających, że wskazane w wyjaśnieniach stawki są realne, d) uwzględnia wszystkie wymagane przepisami prawa daniny publiczne, e) inne koszty oraz rezerwę mającą pokryć inne ewentualnie i niemożliwe do przewidzenia koszty oraz zysk.

Co prawda w swoich wyjaśnieniach Sygnity i Atosa przedstawiają różne zaangażowanie poszczególnych specjalistów przy realizacji przedmiotu zamówienia, jednakże nie daje to podstaw do uznania którejkolwiek z tych kalkulacji za nieprawidłową.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach przedstawił wyliczenia kosztów osobowych

w zakresie utrzymania systemu opierając się na średniomiesięcznym zaangażowaniu danej roli projektowej – zespół o łącznej pracochłonności średnio powyżej jednego etatu miesięcznie, angażując łącznie siedem ról projektowych.

Przystępujący przewidział również inne koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia w zakresie utrzymania systemu, m.in. obsługi help desku, gotowości serwisowej, gwarancji i rękojmi, oraz ryzyka i inne koszty – m.in. na takiego rodzaju koszty jak: koszty finansowe, koszty środowisk wytwórczych wykonawcy, koszty ogólnego zarządu, pozapłacowe koszty zatrudnienia pracowników (sprzęt, biuro, urlopy), wraz z uwzględnieniem marży.

Sygnity przedstawiło oddzielne wyliczenia dla przedmiotu zamówienia w zakresie rozwoju systemu, przypisując największe zaangażowanie programiście oraz analitykowi. Rozwój systemu rozliczany będzie wg pracochłonności mierzonej w roboczogodzinach, stąd Sygnity zastosowało przelicznik kosztu roboczogodziny i w oparciu o ten czynnik określiło cenę sprzedaży, uwzględniając inne ewentualnie mogące się pojawić koszty realizacji tego elementu przedmiotu zamówienia oraz marżę.

W tych okolicznościach Zamawiający wywiódł, co następuje.

Wyjaśnienia złożone przez Sygnity są wyczerpujące, konkretne i przekonujące, gdyż ujawniają wszystkie wymagane składniki cenotwórcze.

Powołanie się na jeden raportu płacowy nie wykazuje, jaki jest rynkowy poziom wynagrodzeń specjalistów IT.

Obniżenie ceny oferty Sygnity w stosunku ceny oferty złożonej przez niego uprzednio w postępowaniu o sygn. BA-F-II.3710.59/17, którego przedmiotem były usługi utrzymania i rozwoju systemu SIS2-SAD, świadczy o naturalnej przewadze konkurencyjnej, jaką posiada Przystępujący z uwagi na fakt, że to on jest autorem systemu i to on go dotychczas utrzymywał.

Według Zamawiającego Odwołujący nie wykazał żadnego związku pomiędzy odstąpieniem przez Sygnity od podpisania umowy w sprawie zamówienia w postępowaniu nr BF-II.3710.7.2019 a zarzutami postawionymi w odwołaniu. Zamawiający oświadczył, że powyższe nie miało żadnego związku z wysokością ceny oferty Sygnity w tamtym postępowaniu.

Zamawiający podsumował, że w wyjaśnieniach z 12 kwietnia 2021 r. Sygnity zawarło konkretne informacje na temat zastosowanej wyceny oferty, które pozwoliły na dokonanie oceny realności ceny globalnej, w tym dzięki weryfikacji cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie Wykonawcy.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Według Zamawiającego błędem jest utożsamianie kwestii niskiej ceny (czy nawet rażąco niskiej) z czynem nieuczciwej konkurencji, co potwierdza m.in. wyrok Izby z 17 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2706/18, w którym Izba jednoznacznie wskazała, że jeżeli cena oferty danego wykonawcy jest rażąco niska nie przesądza to automatycznie, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zwrócił uwagę na brak zdecydowania Odwołującego we wskazaniu zachowania Sygnity, które miałyby stanowić konkretny czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której wszyscy uczestnicy sporu podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {powyżej i dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia mu uzyskanie tego zamówienia.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 2. i 3. listy zarzutów odwołania
– zaniechanie odrzucenie oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 pzp}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W pierwszej kolejności celowe jest rozważenie ciężaru dowodu w przypadku stawiania przez Odwołującego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej w sytuacji, gdy nie zna on treści wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu przez Przystępującego, w kontekście granic kognicji Izby, a więc ustalenie, co wynika dla tej sprawy z relacji przepisów art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 i art. 537 pkt 1 i 2 nowej ustawy pzp {poprzednio art. 190 ust. 1 i 1a pzp} do przepisu art. 555 nowej ustawy pzp {poprzednio art. 192 ust. 7 pzp}.

Według art. 534 ust. 1 npzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przy czym art. 535 npzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże z art. 537 npzp wynika, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2).

Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja, wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 npzp, a przede wszystkim z uwzględnieniem art. 555 npzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. W szczególności okoliczności faktyczne mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie.

W szczególności już w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 npzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd wprowadzony w art. 537 pkt 1 i 2 npzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do kwestii rażąco niskiej ceny nie zmienia reguły, że wpierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Zatem odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może sprowadzać się to do stawiania generalnych tez, że cena oferty jest rażąco niska, bo nie da się za nią wykonać zamówienia bez ponoszenia strat, czy też, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Nawet w sytuacji, gdy odwołujący decyduje się podnieść w ciemno zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień innego wykonawcy, nie może ograniczać się do postulowania, aby Izba dokonała niejako z urzędu dokładnej weryfikacji tych wyjaśnień z uwagi na wnioski wyciągnięte przez odwołującego ze znanych mu szczerkowo okoliczności, które legły u podstaw wezwania lub wynikają z jawnej części wyjaśnień, zawierającej zwykle generalne oświadczenia i zapewnienia. Odwołujący znajdujący się w takiej sytuacji procesowej ma obowiązek sprecyzować, jakimi hipotetycznie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, aby możliwe było przez Izbę zweryfikowanie, czy takie fakty zaistniały, czy też nie.

Należy zauważyć, że w tej sprawie Odwołujący, który również był wzywany do wyjaśnienia ceny swojej oferty, mógł w oparciu o złożone przez siebie wyjaśnienia

szczegółowo wskazać, jakiego rodzaju koszty, w jakim zakresie i w jaki sposób należało uwzględnić z uwagi na opis przedmiotu zamówienia i warunki umowy w sprawie tego zamówienia, czego jednak zaniechał na rzecz perswazyjnie efektowniejszej, acz oderwanej od realiów własnej wyceny argumentacji.

Okoliczności zawarte w odwołaniu sprowadzają się bowiem do wskazania stawek wynagrodzeń dla poszczególnych stanowisk, które Odwołujący rzekomo uważa za właściwe jako rynkowe, względnie wskazania na stawki wynagrodzeń wynikające z ofert składanych w postępowaniach na analogiczny lub zbliżony przedmiot zamówienia, co ma łącznie ma uzasadniać tezę, że wykonanie zamówienia za cenę określoną przez Sygnity jest niemożliwe, niezależnie od treści złożonych przez nie wyjaśnień i załączonych do nich dowodów.

W kontekście tak skonkretyzowanego zarzutu Izba zapoznała się z wyjaśnieniami złożonymi przez Sygnity oraz z załączonymi do nich dowodami i stwierdziła, że nie są one ani lakoniczne, ani ogólnikowe, a przede wszystkim prezentują oczekiwane przez Zamawiającego w wezwaniu informacje dotyczące sposobu skalkulowania ceny oferty co do wszystkich etapów realizacji zamówienia, czyli w odniesieniu do każdej ze składowych ceny oferty uwidocznionej w formularzu oferty, co zostało poparte załączonymi dowodami. Innymi słowy Izba stwierdziła, że ustalenia opisane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie odpowiadają rzeczywistości.

Przed wszystkim wobec wykazania przez Sygnity, na jakich warunkach płacowych zatrudnia na poszczególnych stanowiskach informatyków, których skieruje do realizacji tego zamówienia, bez znaczenia dla sprawy są zgłoszone przez Odwołującego dowody na poparcie twierdzeń, jak kształtują się na rynku krajowym czy lokalnym wynagrodzenia informatyków. Z tego samego powodu nie ma znaczenia dla tej sprawy, jakie ceny w poprzednim przetargu na ten przedmiot zamówienia wynikały z ofert Sygnity czy Comarchu (z którym została wówczas zawarta umowa), a tym bardziej ceny ofert w innych przetargach na być może zbliżony przedmiot zamówienia. Równie dobrze można wyprowadzić z tego typu pobieżnych informacji wniosek, że konkurencja na rynku IT zamówień publicznych się zaostrzyła, co zmusiło wykonawców do obniżenia zakładanych marż zysków.

Co więcej, Zamawiający przeprowadził analizę porównawczą wynagrodzeń wynikających z wyjaśnień złożonych przez Sygnity i Atosa oraz wynagrodzeń przy stawkach sugerowanych w treści odwołania jako reprezentatywne dla poszczególnych specjalistów IT. Wynika z niej, że wynagrodzenia wskazane w obu wyjaśnieniach są porównywalne, a jednocześnie kilkukrotnie niższe niż te wskazywane w odwołaniu, które okazały się być zupełnie oderwane od aktualnej sytuacji na rynku IT zamówień publicznych.

Zarzut, że oferta Sygnity stanowi czyn nieuczciwej konkurencji sprowadza się *de facto* do przywołania treści art. 3 ust. 1 i art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”}, bez choćby próby wykazania spełnienia wynikających z tych przepisów znamion opisujących ogólny czy stypizowany czyn nieuczciwej konkurencji. W szczególności Odwołujący nie przedstawił żadnych kalkulacji co do kosztów świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, których rzekomo cena oferty Sygnity miałaby nie pokrywać. Nic nie wnosi do sprawy w tej kwestii samo zestawienie stawek za utrzymanie systemu wskazanych przez oferentów w tym i poprzednim postępowaniu na utrzymanie systemu informatycznego użytkownego przez Zamawiającego.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które

nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Według Art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat

i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczne odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”),

powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Jednakże w przypadku, gdy na wezwanie zamawiającego zostały złożone przez wykonawcę wyczerpujące i poparte stosownymi dowodami wyjaśnienia odnośnie kosztów wykonania przez niego w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego, czy ustalona w powyższy sposób wartość rynkowa tego przedmiotu zamówienia wydawała się wyższa, nie ma podstaw do uznania ceny oferty tego wykonawcy za rażąco niską, w tym za stanowiącą przejaw czynu nieuczciwej konkurencji.

Skoro – jak to już zostało powyżej ustalone – złożone wyjaśnienia poparte dowodami pozwoliły Zamawiającemu na ustalenie, że cena oferty Sygnity pokrywa co najmniej koszty prawidłowej realizacji przez nie tego zamówienia, a Odwołujący nie był w stanie podważyć prawidłowości tego ustalenia, bezzasadne są zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp czy art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów

– zaniechanie odtajnienia wykazu osób i wyjaśnień Sygnity dotyczących ceny oferty}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zaznaczyć należy, że zarzut odwołania sprowadza się do wywodzenia braku wykazania wartości gospodarczej z faktu użycia w ramach uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych ogólnych sformułowań, które zostały wyrwane z kontekstu całości

przedstawionego uzasadnienia.

Z kolei odwołanie w ogóle nie zawiera żadnych okoliczności odnośnie tego, z jakich powodów według Odwołującego Sygnity nie wykazało, ani że informacje zawarte w wykazie osób czy szczegółowej części wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, ani że jako uprawnione do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjęło, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Natomiast Sygnity, zarówno wraz z wykazem osób, jaki i wyjaśnieniami dotyczącymi ceny oferty, oprócz zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawiło uzasadnienie, w którym nie ograniczyło się do przywołania treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale odniosło się, w jaki sposób w tym przypadku spełniona została każda z trzech przesłanek wynikających z tego przepisu.

W szczególności odnośnie przesłanki wartości gospodarczej informacji Sygnity wskazało m.in., co następuje (kolejno odnośnie wykazu osób i wyjaśnień ceny oferty).

Ujawnienie wskazanych w Wykazie osób informacji może narazić Spółkę na utratę pracowników lub całego zorganizowanego zespołu, a także na utratę płynności działalności gospodarczej. Pozyskanie nowych pracowników, w tym przeprowadzenie procedury rekrutacyjnej a przede wszystkim stworzenie zespołu pracowników dla realizacji danego zamówienia jest czasochłonne i kosztotwórcze. W ramach grupy kapitałowej Wykonawcy koszty związane wyłącznie z pozyskiwaniem personelu na potrzeby poszczególnych kontraktów, dla których Zamawiający określili wymagania w zakresie kwalifikacji personelu w ciągu roku stanowią wymierny koszt finansowy na poziomie kilkudziesięciu tysięcy złotych. Wartość gospodarczą zespołu osób trudno wymiernie i kompletnie wycenić, gdyby jednak w ocenie Zamawiającego okazało się to niezbędne, to z całą pewnością przyjąć można, że pozyskanie specjalistów tej klasy i z tym doświadczeniem a także zbudowanie z nich zespołu i nabycie przez nich wspólnego porównywalnego doświadczenia jest niewątpliwie długotrwałe i kosztowne.(...)

Przede wszystkim należy zauważyć, iż zawarte w treści naszych wyjaśnień informacje wskazujące m. in. na: sposób wyliczenia pracochłonności zadań, użyte do wyceny metody kalkulacyjne, wysokość przyjętych do kalkulacji ceny stawek kosztowych poszczególnych pozycji całej kalkulacji, czy też w końcu informacje odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia, które są niewątpliwie informacjami o charakterze organizacyjnym i handlowym posiadającymi wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Oczywiście wydaje się być, iż sposób kalkulacji ceny oferty, w szczególności przy tak dużej konkurencji na rynku informatycznym, ma niewątpliwie istotne znaczenie dla każdego

Wykonawcy i z reguły jest informacją chronioną z punktu widzenia takiego przedsiębiorcy. Nie inaczej jest również w tym przypadku – Sygnity w swoich wyjaśnieniach utajnił te informacje, które posiadają dla niej istotne znaczenie o charakterze organizacyjnym, posiadających jednocześnie wartość handlową. (...)

Wbrew zatem odmiennym twierdzeniom zawartym w odwołaniu, w kontekście treści utajnionego wykazu i utajnionej części wyjaśnień, Sygnity zarówno skonkretyzowało wartość gospodarczą informacji o zespole osób, które przewidziało do realizacji tego zamówienia, jak i sposobu kalkulacji kosztu jego wykonania z uwzględnieniem posiadanego know-how odnośnie pracochłonności poszczególnych usług.

Okoliczność, że Odwołujący nie był w stanie na potrzeby odwołania ani odgadnąć personaliów osób przeznaczonych do realizacji tego zamówienia, ani zrekonstruować koncepcji realizacji zamówienia wynikającej z wyjaśnień konkurenta dodatkowo potwierdza wartość gospodarczą tych informacji dla Sygnity.

Niezależnie od powyższego argumentacja odwołania w przypadku Odwołującego, który również utajnił złożone przez siebie wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez siebie oferty, uzasadniając wartość gospodarczą zawartych w nich informacji w analogiczny sposób, jest zupełnie nieprzekonująca.

Istotne znaczenie ma również okoliczność, że zawarte w odwołaniu główne zarzuty – czyli zarzut niedostępności wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz zarzut zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na to, że treść tych wyjaśnień nie mogła być oceniona jako wystarczająca dla stwierdzenia, że cena ta nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia – zostały podniesione równoległe, a nie jako zarzuty alternatywne względem siebie.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto według art. 8 ust. 3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania

informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie – że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Skoro Sygnity w wystarczający sposób wykazało Zamawiającemu wartość gospodarczą informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty, a wykazanie pozostałych dwóch przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostało *de facto* zakwestionowane, zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 pzp nie potwierdził się.

Niezależnie od powyższego – skoro zarówno ujawnienie wyjaśnień dotyczących ceny, jak i wykazu osób miałyby służyć na potrzeby sformułowania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, której wysokość nie została w należy sposób wyjaśniona jako odpowiadająca wartości przedmiotu zamówienia – w sytuacji gdy zarzut taki został już rozstrzygnięty w tej sprawie, ujawnienie tych informacji Odwołującemu nie mogłoby już mieć wpływu na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a zatem na zasadzie art. 544 ust. 1 pkt 1 npzp odwołanie w tym zakresie podlegałoby oddaleniu.

{rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów wymienionych na wstępie odwołania}

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 7 ust. 3 czy art. 91 ust. 1 pzp mają charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych w stosunku do powyżej

rozstrzygniętych zarzutów, są one również niezasadne.

Podobnie wobec nieprzedstawienia żadnych okoliczności wskazujących, na czym miałyby polegać nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp należało uznać za oczywiście niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 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. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.