

WYROK
z dnia 3 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Emilia Garbala
Emil Kawa

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. przez wykonawcę Sygnity Business Solution S.A. w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Rozwoju i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie

przy udziale wykonawcy Dahliamatic Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Sygnity Business Solution S.A. w Zielonej Górze i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sygnity Business Solution S.A. w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2339/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rozwoju i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zakup Usługi Utrzymania i rozwoju systemu EBS”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 24 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 141-347640. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

18 listopada 2019 r. wykonawca Sygnity Business Solution S.A. w Zielonej Górze wniósł odwołanie w związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Dahliamatic Sp. z o.o. w Warszawie, dalej jako „Dahliamatic” pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Dahliamatic do wyjaśnień i uzupełnienia w zakresie złożonego wykazu zrealizowanych usług, pomimo, iż wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu usługi nie potwierdzają spełnienia postawionych warunków;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z nieodrzczeniem oferty Dahliamatic, w której zarówno całość jak i poszczególne części zaoferowanej ceny stanowią rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia zamawiającemu wyjaśnień złożonych przez Dahliamatic wraz z dostarczonymi dowodami a także dokumentów dostarczonych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, pomimo że informacje stanowiące uzasadnienie utajnienia a także informacje stanowiące część wyjaśnień oraz dostarczone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru oferty Dahliamatic;
- 2) odrzucenia oferty Dahliamatic z postępowania;
- 3) ewentualnie - na wypadek braku podstaw do uwzględnienia żądania zawartego w pkt 2 - wezwania Dahliamatic do wyjaśnień i uzupełnienia w zakresie wykazu usług złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 4) „odtajnienia” i udostępnienia odwołującemu informacji i dokumentów szczegółowo wskazanych w niniejszym odwołaniu, w szczególności w zakresie wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, informacji zawartych w ofercie, a dotyczących nazw podwykonawców (innych niż Asseco Poland S.A.) oraz zakresu udostępnianych Dahliamatic zasobów, jak również treści zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie wraz z dokumentami podmiotowymi dotyczącymi tych podmiotów (JEDZ, dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia);
- 5) dokonania powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, że według jego wiedzy, na rynku funkcjonują jedynie trzy podmioty posiadające aktualne referencje w zakresie świadczenia usług obejmujących tak szeroki zakres prac, z czego jedną z nich dysponuje odwołujący, jedną firma Exorigo-Upos S.A., zaś trzecią Dahliamatic Sp, z o.o. (umowa wniesiona aportem do Dahliamatic z Asseco Poland S.A. jako element zorganizowanej części przedsiębiorstwa). Referencja ta odnosi się do realizacji usług na rzecz Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego w ramach obowiązującej od przeszło 10 lat umowy. Według posiadanych przez odwołującego informacji, o ile zakres prac wskazany w wymaganiu jest rzeczywiście w ramach tej usługi wykonywany, o tyle usługa ta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na jej wartość. Ponadto usługa obejmuje również wartość infrastruktury sprzętowej oraz licencji. Według informacji wynikających z treści jawnej części dokumentacji zamawiający zaniechał zbadania powyższej okoliczności opierając się wyłącznie na treści informacji wskazanej przez Dahliamatic.

Uzasadniając zarzut dotyczący rażącego zaniżenia ceny oferty przez Dahliamatic odwołujący odniósł się do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę w części niezastrzeżonej przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podniósł, że wyjaśniając oszczędności wynikające z wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy Dahliamatic opisuje jedynie kompetencje i doświadczenia wymagane do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu, ale w żadnym stopniu nie mogące być uznane przez zamawiającego, jako sprzyjające warunki wykonania zamówienia. Należy zaznaczyć, że obie spółki rywalizujące o pozyskanie zamówienia znajdowały się w trakcie sporządzania oferty w podobnej sytuacji rynkowej.

Wywodził, że kolejnym elementem wskazanym przez Dahliamatic dla uzasadnienia swojej ceny, są informacje dotyczące zespołu i jego kompetencji. Odwołujący podniósł, że wskazywane okoliczności nie precyzują jednak żadnych dostępnych dla wykonawcy warunków realizacji zamówienia, które nie byłyby dostępne dla pozostałych uczestników postępowania. Dahliamatic informuje, że był od początku swego istnienia związany z zamawiającym i jest autorem Aplikacji EBS UE, Aplikacji BI, a kluczowe osoby realizujące umowy, w ramach, których powstały w/w aplikacje nadal są jej pracownikami i będą realizować umowę w ramach niniejszego postępowania. Dodatkowo wykonawca wskazał, że przez 6 lat utrzymywał i rozwijał aplikację SGW/KIP. To wszystko ma spowodować, że realizując obecną umowę utrzymaniowo - rozwojową Dahliamatic nie będzie ponosił dodatkowych kosztów wejścia związanych z zapoznaniem się z aplikacją, ponieważ wiedza ta jest już w organizacji. Odwołujący polemizował z tymi twierdzeniami następująco:

- aplikacja EBS UE w trakcie trwania obecnej 4 letniej umowy (od 2015 roku) w ramach usług modyfikacji została znacząco zmieniona. W rezultacie wiedza, jaką posiada Dahliamatic sprzed czterech lat nijak nie pokrywa wiedzy, jaką musi mieć celem prawidłowego świadczenia usług na tym systemie. Ta wiedza bez wątpienia musi zostać przez Dahliamatic dopiero nabyta. Aplikacja EBS UE jest aplikacją Oracle eBusiness Suite w wersji III autorstwa firmy Oracle, dla której w ramach wdrożenia Dahliamatic do lutego 2016 wykonywał część rozszerzeń umożliwiających statutową działalność Zamawiającego oraz zapewniające odpowiedni poziom raportowania. W trakcie trwania obecnej umowy realizowane przez (SBS) w ramach usługi modyfikacji rozszerzenia zbudowane od marca 2016 do listopada 2019 znacząco zmieniły lub zastąpiły wdrożone wcześniej przez firmę Dahliamatic modyfikacje. W rezultacie wiedza fazy wdrożenia aplikacji EBSUE nie jest adekwatna do wiedzy niezbędnej do świadczenia usługi utrzymania aplikacji EBS UE w nowej Umowie. Zakładanie przez firmę Dahliamatic, że nie będzie musiała w Okresie Przejściowym zapoznawać się z aplikacją EBS UE jest błędne i jasno wskazuje, że w zakresie wyceny dotyczącej przejścia w utrzymanie systemu EBS UE nie zostały oszacowane prawidłowo koszty wejścia ponownej realizacji usług. Podkreślić trzeba, że wycena zrealizowanych rozszerzeń podczas realizacji aktualnej Umowy wynosi 13 750 PF;
- aplikacja BI została również w trakcie trwania obecnej umowy całkowicie zmodernizowana. Aplikacja BI zbudowana przez wykonawcę Dahliamatic w oparciu o technologię Oracle BI w wersji 10, w trakcie trwania obecnej umowy utrzymania została zastąpiona w ramach usługi modyfikacji aplikacją autorstwa obecnego wykonawcy - firmy Sygnity Business Solutions S.A. opartą o technologię Oracle BI w wersji 12c oraz Oracle Data Integrator. Wartość modyfikacji w punktach funkcyjnych wyniosła 7307 PF. W rezultacie wiedza fazy budowy pierwotnego rozwiązania BI nie jest adekwatna do wiedzy niezbędnej do świadczenia usługi utrzymania aplikacji BI w aktualnej wersji.
- aplikacja SGW/KIP jest obecnie aplikacją Oracle eBusiness Suite w wersji R12 autorstwa firmy Oracle, dla której w ramach wdrożenia ówczesny wykonawca wykonał rozszerzenia

umożliwiającej operacyjną działalność zamawiającego. W trakcie trwania obecnej umowy w ramach realizacji podzadania A, aplikacja SGW/KIP podlegała podniesieniu do wersji R12. W trakcie podniesienia wersji aplikacji zmieniane zostały struktury bazy danych, procedury i procesy standardowych elementów oprogramowania, w konsekwencji konieczna była kompleksowa przebudowa rozszerzeń zrealizowanych w trakcie wdrożenia i eksploatacji aplikacji w okresie poprzedzającym obecną umowę.

Zdaniem odwołującego wiedza, którą dysponuje Dahliamatic pozyskana w trakcie okresu utrzymania przez niego aplikacji SGW/KIP w oparciu o aplikacje Oracle eBusiness Suite w wersji R11 nie jest adekwatna do wiedzy niezbędnej do świadczenia usługi jej utrzymania w nowej wersji 12 z dodatkowymi rozszerzeniami. Wycena w punktach funkcyjnych zrealizowanych rozszerzeń podczas realizacji aktualnej Umowy wynosi 4251 PF.

Za istotną kwestię uznał odwołujący, że wykonawca w żaden sposób nie odwołuje się do aplikacji B2B, która w trakcie trwania obecnej umowy, w ramach realizacji podzadania B, została zastąpiona autorskim rozwiązaniem obecnego wykonawcy - firmy Sygnity Business Solutions S.A. Pokazuje to, że w rezultacie wiedza z fazy budowy bądź eksploatacji pierwotnego rozwiązania B2B jest bezużyteczna i nie adekwatna do wiedzy niezbędnej do świadczenia usługi utrzymania aplikacji B2B w aktualnej wersji.

Odwołujący podkreślił, że jakakolwiek wiedza dotycząca tych aplikacji sprzed realizacji aktualnej umowy wymaga znacznego odświeżenia i całkowicie nieuprawnione jest twierdzenie, że nowy wykonawca nie będzie ponosił dodatkowych kosztów wejścia związanych z zapoznaniem się z aplikacjami, co sama Dahliamatic wprost przyznaje - nie uwzględniając w szczególności kosztów związanych z ponownym przystąpieniem do realizacji usług w tak znacząco zmienionych warunkach.

Wskazał, że Dahliamatic argumentuje również, że duża liczba realizowanych umów utrzymaniowo - rozwojowych pozwoliła na uzyskanie bardzo dużego zjawiska synergii, co z kolei pozwala znacząco obniżyć koszty realizacji poszczególnych umów. Objęcie kolejnego systemu usługami utrzymania jest więc mniej kosztowne. Postawiona teza jest co do zasady w jakimś zakresie realizacji usług utrzymania słuszna, ale nie ma ona wbrew twierdzeniom Dahliamatic dużego zastosowania jeśli chodzi o realizację niniejszej umowy. Specyfika działalności zamawiającego, co jasno wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, jest unikalna, a w przypadku procedur obsługi na pewno postawione wymagania są bardzo rozbudowane, niespotykane u innych klientów. Zobowiązaniem Wykonawcy jest działanie zgodnie z narzucanymi procedurami przez zamawiającego, co oznacza, że wszelkie jednostki organizacyjne dedykowane utrzymaniu systemów różnych klientów, budujące synergię poprzez standaryzację odpowiednich usług nie mają w tym miejscu żadnego zastosowania. Istotnym czynnikiem jest również wskazanie, że aplikacje będące przedmiotem usług utrzymania są bardzo skustomizowane i podlegają ciągłemu rozwojowi. Na dzień dzisiejszy istnieje około 1800 dużych rozszerzeń/zmian dla serwisowanych systemów (SGW/KIP i EBS EUE - oparta o

Oracle EBS), natomiast aplikacja BI oraz B2B są dedykowanymi rozwiązaniami funkcjonującymi wyłącznie u zamawiającego. Tym samym, mimo, że część z nich oparta jest na rozwiązaniach standardowych spotykanych u innych klientów, to jednak znacząco się od nich różni. Główna część pracy polega na rozwiązywaniu błędów, gdzie trudno sobie wyobrazić osiągnięcie synergii. Rozwiązywanie błędów to realna pracochłonność, która musi być zrealizowana na rzecz zamawiającego. Nie jest możliwe rozwiązywanie błędów w tym samym czasie przez jedną osobę na rzecz zamawiającego oraz innego klienta. Ilość błędów, jaką zamawiający przekazał w odpowiedziach z roku 2018, średnio miesięcznie wynosiła ponad 53 błędy, a w roku 2019 ze względu na ilość wdrażanych modyfikacji już 70,62.

Odwołujący wskazał, że koszty delegacji, których brak powołał Dahliamatic w wyjaśnieniach, nie stanowią istotnego cenotwórczego czynnika oferty. Są nim natomiast koszty wynagrodzeń. Zwrócił uwagę, że koszty wynagrodzeń co do zasady są najwyższe w Warszawie, co w szczególności dotyczy branży IT oraz pracowników o dużym stażu, na co powołuje się Dahliamatic opisując swoją znajomość systemu będącego przedmiotem zamówienia. Dahliamatic wskazuje również, że uwzględnia specyfikę rynku pracy IT, gdzie umowa o pracę nie jest warunkiem stawianym przez specjalistów, którzy w większości preferują inne formy zatrudnienia, dzięki czemu następuje racjonalizowanie kosztów. Należy zaznaczyć, że jest to rozwiązanie stosowane przez większość podmiotów funkcjonujących na rynku IT, Dahliamatic nie ma więc w tym miejscu jakiś szczególnych oszczędności, które nie są stosowane przez inne podmioty. Osoby preferujące nawiązanie współpracy na innych zasadach niż umowa o pracę w toku negocjacji oczekują od Wykonawców wyższych nominalnie wynagrodzeń niż osoby zatrudnione w ramach umowy o pracę.

Odwołujący zaznaczył, że zajmuje się wdrożeniami Oracle EBS od 1991 r. i duża część pracowników posiada prawie 20 letni staż pracy w zakresie rozwiązań Oracle EBS, co dowodzi, że ma dłuższe doświadczenie niż Dahliamatic, ponieważ firma ta funkcjonuje na rynku od 2003 r. W październiku br. odwołujący otrzymał od firmy Oracle nagrodę jako jeden z Partnerów Roku 2019, podczas gdy wśród wyróżnionych firm nie było firmy Dahliamatic. Powyższe okoliczności stawiają pod znakiem zapytania twierdzenia, co do bycia „najbardziej kompetentnym Partnerem Firmy Oracle” zawartym w wyjaśnieniach przez Dahliamatic.

Ponadto odwołujący odniósł się szczegółowo do elementów kosztotwórczych oferty w postaci:

1. ceny jednego roboczodnia pracy konsultanta Dahliamatic;
2. ceny punktu funkcyjnego;
3. ceny usługi utrzymania obejmujące:
 - Koszty osobowe Okresu Przejściowego
 - Koszty rzeczowe związane z realizacją Okresu Przejściowego oraz świadczeniem usług Utrzymania
 - Koszty świadczenia Usług Utrzymania przez 44 miesiące
 - Koszty związane z zakończeniem świadczenia usług utrzymania - na koniec Umowy

- Koszty usług utrzymania związane z planowanym rozwojem Systemu przez Zamawiającego
- Koszty inne (np. koszty finansowania, koszty gwarancji należytego wykonania Umowy)
- Koszty ryzyk projektowych
- Koszty sprzedaży, innych nieprodukcyjnych komórek oraz ogólnego Zarządu oraz Zysk Wykonawcy.

Argumentując zarzut bezpodstawnego powołania się na tajemnicę przedsiębiorstwa przez Dahliamatic odwołujący wskazał, że wykonawca ten zastrzegł dokumenty i oświadczenia złożone zarówno wraz z ofertą, jak i na podstawie wezwania zamawiającego, w tym m. in. wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Wykaz ten najprawdopodobniej zawiera usługi realizowane na rzecz podmiotów publicznych, lub podmiotów zobowiązanych do udzielania informacji publicznych na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznych (co najmniej UFG), a informacje o udzieleniu zamówień w tym zakresie jaki obejmuje wykaz usług, tj. określenie i opis usługi i wartość, data realizacji, nazwa wykonawcy oraz nazwa i adres odbiorcy usługi, są dostępne publicznie. W zakresie zatem, w jakim wskazane w wykazie usług zamówienia realizowane były na rzecz podmiotów zobowiązanych do udostępnienia informacji publicznej, co do zasady informacje na temat ich realizacji są jawne. W odniesieniu do treści zastrzeżonych informacji w zakresie nazw podmiotów udostępniających swoje zasoby, treści zobowiązań do udostępnienia przez te podmioty swoich zasobów oraz dokumenty formalne odnoszące się do tych podmiotów (JEDZ, dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania) należy wskazać, iż w braku realnych powodów zastrzeżenia tych informacji w ofercie Dahliamatic należy podnieść, że wykonawca nie wykazał w wystarczającym stopniu spełnienia przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia. Dahliamatic odtajniła dane jednego ze swoich podwykonawców (Asseco Poland S.A.), zaś pozostawiła jako tajemnicę informację na temat danych pozostałych dwóch podwykonawców. Jednocześnie w uzasadnieniu utajnienia wskazano jako powód utajnienia danych fakt, iż tajemnicą jest fakt nawiązania współpracy z określonymi podwykonawcami i obawa przed ich „podkupieniem” przez konkurencję. Zwracamy uwagę na fakt, iż argumentacja ta jest zupełnie nielogiczna i pozbawiona sensu. Jeśli wartością samą w sobie jest współpraca z określonymi przedsiębiorcami, to dziwić może brak konsekwencji w zakresie ochrony tego typu informacji i rezygnacja z tego w stosunku do jednego z trzech podwykonawców. Z drugiej strony zakres usług objętych przedmiotem zamówienia *de facto* implikuje, iż co do zasady zakres używanych zasobów co do zasady ograniczać się będzie albo do osób, albo do potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia. Zwracamy uwagę, iż w przypadku zobowiązań do udostępnienia zasobów możliwe jest przynajmniej częściowe ich odtajnienie, które umożliwi konkurencji zweryfikowanie przynajmniej części informacji wymaganych przepisami do określenia w tego typu dokumencie. Stąd też zamawiający przekazał kopię zobowiązania do udostępnienia zasobów, jednakże zgodnie z wnioskiem Dahliamatic pozostawił jako tajną informację na temat zakresu udostępnionych zasobów. Jednocześnie odwołujący wskazał, iż

zakres udostępnionych zasobów (osoby zdolne do realizacji zamówienia) wprost wynika z jawnych dokumentów dołączonych do oferty, tj. treści JEDZ-a oraz pełnomocnictwa udzielonego przez Zarząd Asseco pełnomocnikowi podpisującemu zobowiązanie i JEDZ. W stosunku do pozostałych podmiotów - nawet jeśli wbrew stanowisku odwołującego przyjęto by dopuszczalność utajnienia nazwy podwykonawcy, możliwe jest ujawnienie pozostałej części zobowiązania, podobnie jak stało się to w przypadku zobowiązania Asseco Poland S.A. To samo dotyczy JEDZ-a obu planowanych podwykonawców, czy pozostałych dokumentów poświadczających fakt niepodlegania wykluczeniu - możliwe jest bowiem udostępnienie tych informacji bez uszczerbku dla mogących stanowić realną tajemnicę np. danych osobowych. W tych okolicznościach niewątpliwym jest, że zamawiający zaniechał dokonania właściwej weryfikacji przekazanych informacji i właściwym jej zakwalifikowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co ciekawe, o ile w stosunku do kilku co najmniej dokumentów zamawiający dokonał weryfikacji odtajniając część informacji zawartych w danym dokumencie, tak w stosunku do pozostałej części tych dokumentów takiej weryfikacji i odtajnienia już nie przeprowadził. Wskazuje to jednoznacznie na fakt, iż czynności te nie zostały przez zamawiającego zrealizowane w sposób prawidłowy.

Zamawiający pismem z 2 grudnia 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Na rozprawie nie był badany zarzut dotyczący zaniechania wezwania Dahliamatic do wyjaśnienia i uzupełnienia wykazu usług, który został cofnięty na posiedzeniu przez odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Formułując wywody uzasadnienia Izba uwzględniła fakt zastrzeżenia większości relewantnych dokumentów złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia lub ich fragmentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego. Z tego powodu wywody uzasadnienia odnoszące się do pism lub informacji, które nie zostały ujawnione przez zamawiającego, mają charakter ogólny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z nieodrzuconiem oferty Dahliamatic, w której zarówno całość, jak i poszczególne części ceny, stanowią rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający określił we wzorze formularza ofertowego cenę za usługi integracji i certyfikacji oraz budżet na zwiększenie ryczałtu miesięcznego usługi administracji środowiskami oraz usługi monitorowania dostępności i wydajności, zadaniem wykonawców było wycenienie usług zleceń operacyjnych oraz usługi rozwoju (modyfikacji).

Przed otwarciem ofert zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia przeznacza kwotę brutto: 46 423680,90 zł, w tym na:

a) Usługi Zleceń Operacyjnych 2 462 460,00 zł:

b) Usługi Rozwoju (Modyfikacji) 19 697 195,40 zł.

W postępowaniu złożono dwie oferty. Cena oferty Dahliamatic to 19.544.690,78 zł brutto - co stanowi 42,10% budżetu zamawiającego, natomiast cena oferty odwołującego to 39.267.888,38 pin brutto, co stanowi 84,59% budżetu zamawiającego.

Zamawiający pismem z 11 października 2019 r. (znak: ZP.III.DPiZP.2610.5.2019.HŻ), wezwał Dahliamatic do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Żądał przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty z uwzględnieniem wskazanych wymagań, co do prezentacji informacji, oraz dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Przystępujący pismem z 24 października 2019 r. złożył żądane wyjaśnienia wraz z dowodami, a na żądanie zamawiającego zawarte w piśmie z 28 października 2019 r. złożył dodatkowe wyjaśnienia pismem z 30 października 2019 r.

Dokonując oceny zarzutu rażącego zaniżenia ceny oferty przez Dahliamatic Izba uwzględniła przede wszystkim, że przedmiotem oceny w postępowaniu odwoławczym może być wyłącznie czynność lub zaniechanie zamawiającego (*arg.* z art. 180 ust. 1 Pzp) badane z uwzględnieniem stanu faktycznego istniejącego w dacie dokonania czynności lub daty, w której czynność zaniechana powinna być dokonana. W okolicznościach sporu przedmiotem oceny Izby jest czynność badania ceny oferty Dahliamatic przez zamawiającego. Ponieważ zamawiający wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest zbadać, czy z otrzymanych wyjaśnień zamawiający wyciągnął prawidłowy wniosek, zgodnie z którym oferta Dahliamatic nie podlega odrzuceniu. Dostrzec przy tym należy, że prawidłową podstawą ewentualnego odrzucenia oferty Dahliamatic nie byłby samodzielnie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, lecz art. 90 ust. 3 Pzp wskazujący przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny swojej oferty albo art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Przywołany art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przystępujący Dahliamatic złożył wyjaśnienia, stąd Izba zobligowana była ustalić, czy ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na tak postawione pytanie należy

udzielić odpowiedzi negatywnej.

Przypomnieć przy tym należy, że w sytuacji złożenia wyjaśnień przez wykonawcę odrzucenie oferty może nastąpić, po pierwsze, gdy wyjaśnienia są ogólne, nie odnoszące się do wezwania lub pomijają informacje istotne dla badania ceny, pomimo ich wyraźnego żądania przez zamawiającego. Sytuacja taka jest zrównana z brakiem złożenia jakichkolwiek wyjaśnień przez wykonawcę. Drugą podstawą odrzucenia oferty zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp jest sytuacja, gdy istnieją konkretne, mocne i przekonujące dowody do podważenia tych wyjaśnień. Wówczas wadliwe wyjaśnienia wykonawcy mogą być uznane za potwierdzenie rażącego zaniżenia ceny oferty.

Tak nie jest w okolicznościach sprawy.

Wywody odwołania oparte są na dostępnych odwołującemu częściach ogólnych poszczególnych elementów wyjaśnień Dahliamatic, podczas gdy prawidłowa ocena wyjaśnień wymaga przede wszystkim odniesienia się do szczegółowych kalkulacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego.

Izba porównała wezwanie zamawiającego zawarte w piśmie z 11 października 2019 r. zastrzeżone przez zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wyjaśnienia udzielone przez Dahliamatic. W rezultacie stwierdziła, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca przedstawił informacje, żądane przez zamawiającego odpowiednio:

- 1) w pkt II.2.1. pisma z 11 października 2019 r.;
- 2) w pkt II.2.2. pisma z 11 października 2019 r., w zakresie elementów składających się na cenę oferty, takich jak:
 - a) cena za Usługi Utrzymania (bez Usługi Integracji i Certyfikacji) przedstawiając procentowe zaangażowanie poszczególnych osób/ról (odpowiednio w Usługach G1U1, G1U2, G1U3, G2U1, G2U2, G3U1) oraz wynagrodzenie pracowników - dowód umowy o pracę;
 - b) cena za Usługi Zleceń Operacyjnych przedstawiając procentowe zaangażowanie poszczególnych osób/ról oraz wynagrodzenie pracowników (dowody: umowy o pracę);
 - c) cena za Usługi Rozwoju/Modyfikacji przedstawiając pracochłonność Punktu Funkcyjnego oraz procentowe zaangażowanie poszczególnych osób/ról i wynagrodzenie pracowników (dowody: umowy o pracę);
 - d) koszt Okresu Przejściowego przedstawiając pracochłonność zadań oraz procentowe zaangażowanie poszczególnych osób/ról i wynagrodzenie pracowników (dowody: umowy o pracę);
 - e) koszt okresu Przekazywania Usług przedstawiając pracochłonność zadań oraz procentowe zaangażowanie poszczególnych osób/ról i wynagrodzenie pracowników (dowody: umowy o pracę);
 - f) koszty realizacji usług gwarancji jakości;
 - g) koszty elementów infrastruktury w tym środowisk testowych przedstawiając elementy infrastruktury oraz oferty zakupu na elementy przewidziane do zakupu;
 - h) koszt zdalnego łącza;
 - i) koszty związane z gwarancją jakości;

- j) koszty Biura Projektu Wykonawcy;
- k) koszty zabezpieczenia należytego wykonania Umowy;
- l) koszty wyjazdów służbowych i delegacji;
- m) rezerwa/budżet na ryzyka;
- n) koszty ogólnego zarządu;
- o) koszty zapewnienia/utrzymania stanowisk pracy;
- p) zysk wykonawcy.

Z wyjaśnień wynika potwierdzenie, że w kalkulacji ceny oferty Dahliamatic uwzględnił wymaganie dotyczące:

- a) zmiany Mocy Obliczeniowej, o której mowa w pkt 1.2. i 1.3. Załącznika nr 10 do wzoru umowy;
- b) sposobu wyceny złożoności oprogramowania;
- c) przekazywania, na koniec każdego kwartału, aktualnego modelu IFPUG w EA;
- d) cyklu wytwórczego oprogramowania przyjętego we wzorze Umowy;
- e) ryzyka realizacji Usługi Rozwoju na poziomie zgodnym z pkt 8 Załącznika 4C do wzoru Umowy.

W zakresie ceny za Usługi Integracji i Certyfikacji Dahliamatic w wyjaśnieniach przedstawił poszczególne etapy procesu certyfikacji odpowiadające procesom wytwórczym modyfikacji oraz ich udział do kosztów realizacji modyfikacji (ceny PF).

W odniesieniu do miesięcznego wynagrodzenia za Usługi Administracji Środowiskami oraz Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności w przypadku zmniejszenia mocy obliczeniowej, Dahliamatic wyjaśnił, że koszt został uwzględniony w kwocie rezerwy na ryzyka. Natomiast w przypadku zwiększenia mocy obliczeniowej, a co za tym idzie zwiększenia wynagrodzenia za tą usługę, wyjaśnił, że spowoduje to zwiększenie przychodów, co wpłynie na dodatkowy zysk wykonawcy.

Sposób skalkulowania ceny usługi modyfikacji przez przystępującego został opisany na str. 36-53 wyjaśnień. Izba podzieliła pogląd zamawiającego i uznała, że wynika z niego kalkulacja ceny z uwzględnieniem zmiany podręcznika IFPUG.

Odwołujący punktem odniesienia do badania ceny oferty Dahliamatic czyni cenę swojej oferty z podkreśleniem, że może dokonać jej prawidłowej wyceny jako aktualny wykonawca usługi, której dotyczy postępowanie.

Twierdzenie takie w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie broni się pod względem logicznym oraz nie znajduje oparcia w wiedzy dostępnej Izbie w związku z rozpoznawanymi odwołaniami.

Faktem jest, że aktualny wykonawca usługi ma pewną naturalną przewagę nad konkurentami wynikającą z bieżącej praktyki obsługi systemu. Przewaga ta jest jednak łagodzona przez obowiązek zamawiającego dokonywania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, to jest w sposób szczegółowy, wyczerpujący i jednoznaczny oraz w sposób, który nie może prowadzić do ograniczenia konkurencji. Obowiązek ten wspiera wynikający z art. 7 ust. 1 Pzp nakaz równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Badanie ceny oferty następuje każdorazowo z uwzględnieniem wymagań wynikających z SIWZ. Wymagania te muszą być każdorazowo spełnione przez wykonawców. Natomiast nie może być argumentem przemawiającym za rażącym zaniżeniem ceny oferty konkurenta błędne odczytanie wymagań SIWZ, w szczególności wywiedzenie z nich rygorów nie przewidzianych przez zamawiającego. W okolicznościach sprawy z wywodów odwołania oraz dowodów złożonych przez odwołującego wynika, że dokonał on błędnej interpretacji ustaleń SIWZ w szczególności w odniesieniu do zakresu zamówienia, dostępności personelu oraz licencji.

Potwierdza to posługiwanie się w uzasadnieniu odwołania pojęciem Oprogramowania Wspierającego zamiast Oprogramowania Standardowego, które nie występuje we wzorze umowy. Ponadto zamawiający pismem z 29 sierpnia 2019 r., (znak: ZP.69.DPiZP.2610.5.2019.HŻ), dokonał zmiany SIWZ w tym zakresie. Z pominięcia przez odwołującego dokonanej zmiany SIWZ wynika uzasadnione przypuszczenie, że odwołujący wycenił w swej ofercie zakres zamówienia opisany w pierwotnej treści SIWZ, z pominięciem dokonanej zmiany, co mogło spowodować wzrost ceny jego oferty.

W świetle postanowień wzoru umowy za chybiony należy uznać pogląd, że obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie stałej liczby osób, których zadaniem będzie wyłącznie wykonywanie czynności wynikających z umowy, co oznacza, że koszt całości ich wynagrodzenia powinien być uwzględniony w cenie oferty. Uszło uwadze odwołującego, że w pkt 3.11. wzoru umowy zamawiający zdefiniował wymaganie, aby utrzymywany przez wykonawcę przez cały czas trwania umowy zespół pracowników i współpracowników miał liczebność zapewniającą należyte wykonanie umowy. Natomiast pkt 8 Załącznika 4C do wzoru umowy stanowiącego zał. 9 do SIWZ stanowi o obowiązku wykonawcy zapewnienia całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 1000 PFIFPUG w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju. Dodatkowo w tym postanowieniu umownym zamawiający zobowiązał się do poinformowania wykonawcy, czy w danym kwartale świadczenia usług oczekuje utrzymania tej wydajności realizacyjnej na 30 dni przed rozpoczęciem danego kwartału. Zamawiający ustalił również, że zobowiązanie wykonawcy do utrzymania wskazanej wydajności realizacyjnej wygasa z chwilą wyczerpania budżetu wynagrodzenia na świadczenie Usług w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji).

W ocenie Izby oznacza to, że zamawiający nie narzucił wykonawcy liczby osób, ani tym bardziej przeznaczenia ich wyłącznie na potrzeby wykonania umowy. Zamawiający jest zainteresowany należytym wykonaniem umowy, które ma być rezultatem zdolności realizacyjnej zapewnianej przez wykonawcę. Opisane wymaganie zamawiającego wynika z pisma z 24 września 2019 r., którym zamawiający zmienił SIWZ. Pominięcie zmiany SIWZ przez odwołującego lub nadmierne restrykcyjne rozumienie wymagań zamawiającego mogło przynieść skutek w postaci wzrostu ceny jego oferty.

W toku rozprawy odwołujący eksponował również możliwość pominięcia przez odwołującego kosztów niezbędnych licencji.

Również w tej mierze Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że podnoszona przez

odwołującego konieczność zakupu od firmy Oracle pakietu określonych licencji nie znajduje oparcia w treści SIWZ, która takich wymagań nie zawiera. W związku z tym pisma złożone przez odwołującego nie mają doniosłości dowodowej. W ocenie Izby można z nich wywieść to jedynie, że określoną ofertę otrzymał odwołujący, a jej warunki nie zostały zmienione. Kwestia rodzaju i ceny licencji znajdują się w gestii firmy Oracle i z całą pewnością mają na nie wpływ relacje między tym podmiotem a poszczególnymi wykonawcami. Trafnie zatem podniósł zamawiający, że relacje między Oracle, a poszczególnymi wykonawcami pozostają poza jego obszarem zainteresowania.

Nie zasługuje na uwzględnienie pogląd odwołującego o stałym wzroście cen świadczenia usług. Widać to już z danych powołanych przez odwołującego, a dotyczących badanego postępowania, gdzie w trzech kolejnych postępowaniach ceny ofert składanych przez wykonawców są coraz niższe.

Konkludując stwierdzić należy, że wyjaśnienia złożone przez Dahliamatic były swym zakresem adekwatne do wezwania zamawiającego, przedstawiały szczegółowe wyliczenia oraz założenia kalkulacyjne prawidłowe pod względem logicznym, a wynik tych kalkulacji nie potwierdzał zaniżenia jakichkolwiek kosztów wskazanych w odwołaniu. Do wniosku przeciwnego nie prowadzi ocena dowodów złożonych przez odwołującego, w tym ogłoszeń o poszukiwaniu pracowników zamieszczonych przez przystępującego. W jednym z nich wskazana została maksymalna stawka dzienna, co odwołujący pomija w celu wywołania wrażenia, że jest to poziom wynagrodzenia pracowników Dahliamatic. Kolejne ogłoszenie dotyczy osoby o bardzo wysokich kwalifikacjach przekraczających wymagania ustanowione przez zamawiającego. Również raporty płacowe firmy S.&S. nie mogą potwierdzać zarzutu zaniżenia kosztów wynagrodzenia, wobec konstatacji, że źródłem wynagrodzenia osób wykonujących umowę w imieniu wykonawcy nie musi być wyłącznie ta umowa, skoro jest możliwość wykonywania w tym czasie innych zadań.

W związku z tym Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania oferty Dahliamatic za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie potwierdzają rażącego zaniżenia ceny oferty, a odwołujący nie dowiódł tezy przeciwnej.

Potwierdzenie znalazł natomiast zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp.

Izba ustaliła, że przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa wykaz wykonanych usług, za wyjątkiem opisu usług stanowiącego powielenie treści warunku udziału w postępowaniu, oraz formularz ofertowy w części dotyczącej podwykonawstwa. Dahliamatic zastrzegł firmy dwóch podwykonawców (informacja dotycząca wskazania Asseco Poland S.A. jako podwykonawcy była jawna), zakresy podwykonawstwa, oraz pisemne zobowiązanie Asseco Poland S.A. do oddania Dahliamatic do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w części opisującej zakres udostępnionych zasobów.

Uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu usług Dahliamatic zawarł w piśmie z 5 listopada 2019 r. Wskazał w nim, że informacje dotyczące wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie zawierają informacje handlowe, organizacyjne oraz techniczne (dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług zawierają

elementy techniczne) na temat zrealizowanych projektów. Jedna z umów, na podstawie której zrealizowano wskazywane projekty, zawiera klauzule o obowiązku zachowaniu w poufności treści umowy, zaś pozostałe umowy, na podstawie których realizowane były usługi objęte są umową o zachowaniu poufności. Stąd też zaniechanie zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa naraziłoby wykonawcę na roszczenia ze strony partnerów handlowych z tytułu ujawnienia tajemnicy handlowej. Już samo to wskazuje na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

W informacjach zawartych w wykazie wykonanych usług oraz w dokumentach potwierdzających należyte ich wykonanie wymienione zostały nazwy kontrahentów, rodzaje usług, wartość usług oraz terminy ich wykonywania, a także informacje technologiczne i techniczne. Informacje te nie są ujawnione do wiadomości publicznej właśnie z uwagi, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dahliamatic wskazał, że jest to tego rodzaju wiedza, która pozwala konkurencji zapoznać się z wieloma aspektami działalności Dahliamatic. Z kolei zapoznanie się z takimi informacjami daje podmiotom konkurencyjnym możliwość prześledzenia aktywności gospodarczej Dahliamatic w danym profilu jego działalności w określonym ujęciu czasowym.

Ponadto podniósł, że przedstawione dokumenty potwierdzające należyte wykonanie obu usług nie są powszechnie dostępne i zawierają informacje handlowe, mające istotną wartość gospodarczą. Są to dokumenty wewnętrzne i nie podlegają udostępnieniu na zewnątrz. Te informacje nie są ujawnione do wiadomości publicznej i dostęp do nich ma ograniczony krąg pracowników Wykonawcy, zobowiązanych do zachowania poufności.

W zakresie podwykonawstwa w odrębnym piśmie wyjaśnił, że określenie firmy, której w razie uzyskania przedmiotowego zamówienia zamierza powierzyć podwykonawstwo oraz zakres tego podwykonawstwa, co jest dopuszczone ustawą, wskazuje na to wnioskowanie *a contrario* z art. 86 ust. 4 Pzp.

Wywiódł, że informacja o podwykonawcy z całą pewnością zasługuje na zachowanie jej w poufności, ponieważ jest indywidualną informacją organizacyjną, posiadającą wartość gospodarczą, gdyż dzięki temu podwykonawcy i jego doświadczeniu wykonawca jest w stanie pozyskać i wykonać przedmiotowe zamówienie, a ponadto w tym oraz w innych postępowaniach składać konkurencyjne oferty. Podkreślił, że fakt współpracy z tym podwykonawcą nie był wcześniej ujawniany. Wiedzę o współpracy posiada wąski krąg pracowników wykonawcy, zobowiązanych do zachowania poufności.

Część wyjaśnień opisujących wartość gospodarczą zastrzeganych informacji wykonawca zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

Dahliamatic wyjaśnił również, że ujawnił współpracę z Asseco Poland S.A., gdyż współpraca podmiotów z jednej grupy kapitałowej jest faktem oczywistym i powszechnie spotykanym, jednak zakres współpracy na potrzeby przedmiotowego zamówienia został przez oba podmioty oceniony jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż jest on wyjątkowy, zastosowany wyłącznie na potrzeby realizacji projektu na rzecz zamawiającego.

Część wyjaśnień opisujących wartość gospodarczą zastrzeganych informacji wykonawca zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa.

Przystępujący wyjaśniał również przesłanki zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa składu zespołu skierowanego do wykonania zamówienia oraz wskazał na obowiązujące w jego przedsiębiorstwie zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:

- klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi (dokument dołączony do uzasadnienia składanego wraz z ofertą),
- polityka bezpieczeństwa informacji wprowadzona uchwałą Zarządu Spółki z dnia 13 grudnia 2018 r. (dokument dołączony do uzasadnienia składanego wraz z ofertą),
- Zarządzenie Zarządu Spółki z dnia 25 lipca 2019 r. wraz z oświadczeniami o zachowaniu poufności (dokument dołączony do uzasadnienia składanego wraz z ofertą),
- zasada wiedzy uzasadnionej - dostęp do informacji jest nadzorowany i udzielany tylko i wyłącznie na potrzeby realizacji obowiązków służbowych.

Złożył również umowy o zachowaniu poufności oraz wyciąg z umowy dotyczący poufności informacji.

Zamawiający uznał powołane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa Dahliamatic, czemu dał wyraz w piśmie z 7 listopada 2019 r.

Przepis art. 8 ust. 3 Pzp stanowi, że w postępowaniu 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.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) 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.

Dla skutecznego zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą;
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;

- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga jednak, że przesłanka „*posiadający wartość gospodarczą*” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej (*vide*: wyrok Izby w sprawie KIO 131/19). Innymi słowy skuteczne wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga koniunkcji przesłanek określonego charakteru informacji oraz wartości gospodarczej informacji.

Jak wynika z art. 8 ust. 3 Pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, obowiązującego w dacie uzasadnienia zastrzeżenia, poglądów orzecznictwa, ani też takie zastrzeżenie oparte wyłącznie na subiektywnym przekonaniu wykonawcy.

W odniesieniu do wykazu usług Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że sam fakt porozumienia się dwóch podmiotów o zachowaniu danych informacji w poufności nie może być uznany za wystarczający środek uzasadniający dokonanie zastrzeżenia. Istotne bowiem w sprawie jest to, czy dany zamawiający jest zobowiązany udostępnić informacje dotyczące konkretnej umowy. Nie ma wątpliwości, co do tego, że obowiązkowi udostępnienia podlegają umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umowy, które nie są wprawdzie zamówieniem publicznym, jednak informacja o nich stanowi informację publiczną w rozumieniu przepisów ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2019 r. poz. 1429). Obowiązki te powinny być znane tak Dahliamatic, jak i zamawiającemu. Tymczasem Dahliamatic oraz zamawiający kwestię tę całkowicie pominęli. Już to pozwala na uznanie oceny prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokonaną przez zamawiającego za nieprawidłową. Sam fakt podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do zachowania informacji w poufności jest niewystarczający, jeśli dana informacja z mocy prawa nie podlega zastrzeżeniu.

Podobnie należy ocenić kwestie zastrzeżenia podwykonawstwa. Umowa zawarta w tym postępowaniu, której wzór stanowi załącznik do siwz jest jawna z mocy art. 139 ust. 3 Pzp. Załącznik Nr 16 do umowy zatytułowany Podwykonawcy przewiduje zarówno wskazanie firm podwykonawców, jak i zakresu podwykonawstwa. Informacje te będą jawne po zawarciu umowy,

zatem zastrzeżenie ich wyłącznie na potrzeby postępowania zmierzającego do zawarcia tej umowy nie może być skuteczne.

W ocenie Izby nie została wykazana również wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. Za niewystarczające należy uznać opieranie przekonania o wartości gospodarczej danej informacji wyłącznie na ogólnych pozbawionych uzasadnienia danych wskazanych przez wykonawcę. Informacje podawane przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być obiektywnie możliwe do weryfikacji, a nie wynikać z subiektywnego przekonania wykonawcy.

W zakresie zastrzeżenia zasobów udostępnianych przez Asseco Poland S.A. Izba zważyła, że pisma Dahliamatic uzasadniające zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawierają odrębnego odniesienia do tej kwestii.

Skoro obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien on odnieść się jasno i wyraźnie do konkretnego zastrzeżenia. Uzasadnienie powinno jednoznacznie wynikać z pisma wykonawcy, a nie być wyinterpretowane przez zamawiającego i Izbę.

Jeśli natomiast szukać uzasadnienia w części dotyczącej zespołu przeznaczanego do wykonywania umowy, to w aspekcie wartości gospodarczej aktualna pozostaje pogląd zaprezentowany powyżej. Nadto Izba zważyła, że przystępujący nie wyjaśnił także, z czego konkretnie wynika jego rzekoma obawa przejęcia specjalistów. O prawdopodobieństwie odejścia współpracowników można byłoby mówić wtedy, gdyby przystępujący oferował swym specjalistom nieatrakcyjne, nierynkowe wynagrodzenie czy stawki. Całkowicie bez dowodu pozostało twierdzenie o unikalnym składzie zespołu. Nie zostało wykazane na czym owa szczególna wartość miałyby polegać. Biorąc pod uwagę wywód wykonawcy należy dojść do przekonania, że wartością są kompetencje zespołu jako całości, a nie dane dotyczące poszczególnych osób.

Izba doszła zatem do przekonania, że zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 Pzp.

Naruszenie, którego dopuścił się zamawiający nie może jednak stać się podstawą do uwzględnienia odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Brak wpływu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp na wynik postępowania jest szczególnie widoczny w odniesieniu do firm podwykonawców oraz zakresu podwykonawstwa. Zamawiający nie wydzielił z przedmiotu zamówienia kluczowych części zamówienia, które zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę. Z pkt I. 3 SIWZ wynika jedynie, że zamawiający dopuszcza wykonanie części zamówienia przez podwykonawców oraz nakazuje podanie w ofercie firm podwykonawców oraz zakresu podwykonawstwa. Uzyskanie przez odwołującego wiedzy na ten temat nie ma zatem żadnego związku z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Zarzut dotyczący braku wykazania warunku w zakresie doświadczenia został wycofany

przez odwołującego. Ponadto odwołujący pominął, że – jak wynika z jawnej odpowiedzi na odwołanie – w wykazie znajdują się dwie usługi spełniające wymaganie zamawiającego. Odwołujący kwestionował wyłącznie jedną z nich. W tej sytuacji również udostępnienie informacji dotyczących drugiej umowy nie może przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....