

Sygn. akt: KIO 908/13

WYROK

z dnia 14 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **COMPAREX Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Minister Finansów, Ministerstwo Finansów w Warszawie, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 reprezentowane przez: Dyrektora Izby Celnej w Rzepinie, 69-110 Rzepin, ul. Dworcowa 5,**

przy udziale wykonawcy **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 908/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę COMPAREX Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-231 warszawa, ul. Jutrzenki 183 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **COMPAREX Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **COMPAREX Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183** na rzecz **Skarbu Państwa - Ministra Finansów, Ministerstwa Finansów w Warszawie, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** reprezentowanego przez: Dyrektora Izby Celnej w Rzepinie, 69-110 Rzepin, ul. Dworcowa 5 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim,**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Minister Finansów, Ministerstwo Finansów w Warszawie, reprezentowany przez: Dyrektora Izby Celnej w Rzepinie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie, rozwój i wsparcie utrzymania Systemu ECIP/SEA”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lutego 2013 r., nr 2013/S 023-035750.

W dniu 9 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę TALEX S.A. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Sygnity”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 19 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2013 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity, pomimo iż jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż nie jest możliwe zaoferowanie rozwiązań zgodnych z SIWZ po cenie zaoferowanej przez wykonawcę Sygnity;
3. art. 8 ust. 1 i 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie wykonawcy Sygnity wykazu wykonanych usług i wykazu osób oraz złożonych przez wykonawcę Sygnity wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy;
5. naruszenie innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Ponadto odwołujący, działając z daleko posuniętej ostrożności, zarzucił zamawiającemu naruszenie:

6. art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są niewystarczające i nie zawierają dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. odtajnienia zastrzeżonych w ofercie wykonawcy Sygnity wykazu osób i usług oraz złożonych przez wykonawcę Sygnity wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
4. odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity;
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity ze względu za zaoferowanie rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, iż szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego wynosi 11 214 636,58 zł. Cena oferty wykonawcy Sygnity wynosi zaś 3 931 080,00 zł, co stanowi około 35% oszacowanej przez zamawiającego wartości zamówienia. Zamawiający – jak wynika z protokołu postępowania - oparł kalkulację szacunkowej wartości zamówienia o analizę cen rynkowych. Porównanie cen ofert pozostałych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu nie pozostawia wątpliwości, co do występowania istotnych dysproporcji. Rodzi to istotne podejrzenie, iż wykonawca Sygnity nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia po zaoferowanej cenie, gdyż nawet będąc w stanie dokonać oszczędności kosztów dla pojedynczych elementów oferty - całościowa kwota, którą zamierza uzyskać jest niższa niż realny poziom kosztów (wraz z uwzględnieniem zysku) za realizację zamówienia. Badaniu, pod kątem zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny, powinna podlegać zarówno cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia, jak również ceny jednostkowe za poszczególne pozycje zawarte w ofercie wykonawcy Sygnity, gdyż mają one istotne znaczenie z punktu widzenia realności kalkulacji kosztów dokonanej przez tego wykonawcę. Powyższe potwierdza również okoliczność, iż zamawiający, w ramach wezwania do wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zwrócił się do wykonawcy Sygnity o wyjaśnienie poszczególnych pozycji. Na zaoferowanie przez wykonawcę Sygnity rażąco niskiej ceny wskazują rozbieżności pomiędzy cenami zaproponowanymi przez tego wykonawcę a cenami pozostałych wykonawców. Jeśli wykonawca Sygnity zaoferował przedmiot zamówienia obejmujący wszystkie elementy zgodnie z wymaganiami zamówienia, oznacza to, iż wykonawca ten zaoferował je po cenach

niższych niż koszty zakupu, a więc - rażąco niskich. Dotyczy to w szczególności następujących elementów, tj. pakietu 1.000 dodatkowych licencji EMC Documentum, licencji Oracle, oraz konieczności zapewnienia 4-letniego wsparcia utrzymania z krytycznymi parametrami SLA (czas reakcji, czas naprawy) wraz z usługami rozwojowymi wg zapotrzebowania zamawiającego. Reasumując podniósł, iż charakter przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje, iż nie jest możliwe zaoferowanie rozwiązań odpowiadających potrzebom zamówienia po tak niskiej cenie. Tym samym, jeśli nie potwierdzi się zarzut rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Signity, implikuje to zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odnośnie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, iż zaoferowanie przez Sygnity rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu bezpodstawnego zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy Sygnity dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa odwołujący podniósł, iż nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący nie wykazał bowiem zaistnienia przesłanek dla objęcia wszystkich informacji zawartych w piśmie z 21 stycznia 2013 r. tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity na podstawie art. 90 ust. 3 stawy Pzp Odwołujący podniósł, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające, nie zawierają dowodów na potwierdzenie, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Jeżeli wykonawca Sygnity nie udzielił wyjaśnień w zakresie co najmniej informacji wymaganych przez zamawiającego, należy uznać, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsce, jeżeli przedstawione informacje i dowody potwierdzają, że oferta wykonawcy Sygnity zawiera rażąco niską cenę.

Odnośnie zarzutu zaniechania odtajnienia wykazu usług i osób odwołujący podniósł, iż prawo do zastrzeżenia w treści oferty informacji stanowiących, w opinii wykonawcy, tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest nigdy prawem bezwzględny, gdyż wykonawca nie może zastrzec elementów, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Przedsiębiorca utajniający określone informacje w swojej ofercie czy wniosku musi w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, iż informacje zastrzeżone mają wartość gospodarczą (stanowią

informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa), jako zbiór informacji nie były nigdzie wcześniej prezentowane i nie są one dostępne dla osób postronnych. Zatem wyłączenie jawności nie może być dokonywane przez wykonawcę swobodnie, bez wypełnienia powyższych przesłanek, jak również nie może być bezkrytycznie przyjmowane przez zamawiającego. Wykonawcy poprzez utajnienie swoich dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu - uniemożliwiają weryfikację swojej zdolności do wykonania zamówienia, co narusza w sposób rażąco zasadę jawności postępowania.

W dniu 22 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 22 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Sygnity przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity ze względu na zaferowanie rażąco niskiej ceny nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z Protokołu postępowania (Druk ZP-PN), szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w dniu 3 grudnia 2012 r. na kwotę 11 214 636,58 zł netto, co stanowi równowartość 2 789 988,20 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających ustalono na kwotę 3 738 212,19 zł, co stanowi

równowartość 929,996,01 euro. Wartość ta została ustalona „na podstawie oszacowania przez firmą wsparcia (...)”.

Jak wynika z załącznika do protokołu postępowania - załącznika D1 szacunkowa wycena realizacji zamówienia na System ECIP/SEAP została przeprowadzona dla dwóch wariantów. W rezultacie dla wariantu 1 przewidziano koszt w wysokości 9 196 002,00 zł brutto, natomiast dla wariantu II 6 967 000,00 zł brutto (str. 13).

W postępowaniu złożono 7 ofert, tj. oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Sygnity z siedzibą w Warszawie na kwotę 3 931 080,00 zł brutto; oferta nr 2 na kwotę 15 550 425,06 zł brutto; oferta nr 3 na kwotę 21 227 371,60 zł brutto, oferta nr 4 na kwotę 7 064 561,84 zł brutto, oferta nr 5 na kwotę 6 745 320,00 zł brutto, oferta nr 6 na kwotę 8 644 999,65 zł brutto oraz oferta nr 7 na kwotę 8 548 500,00 zł brutto,

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym przyjmuje się, że ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska i znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Niewątpliwym jest, iż przedmiotem tego zamówienia jest zaprojektowanie i zbudowanie określonego systemu informatycznego, zgodnego z wymogami postawionym przez zamawiającego w SIWZ, a przede wszystkim dedykowanego dla jego potrzeb. Na etapie składania ofert zamawiający poza wyceną oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia nie wymagał złożenia jakichkolwiek dokumentów opisujących to co zostało przez danego wykonawcę zaoferowane. Wykonawcy zobowiązani byli podać jedynie cenę. Cena zaoferowana przez wykonawcę Sygnity istotnie jest ceną niższą niż wartość szacunkowa zamówienie, przy czym zarówno wartości oszacowanej w ramach wariantu I, która stanowi 9.196.002,00 zł brutto (str. 13 załącznika D-1 do protokołu postępowania), jak i wartości oszacowanej dla wariantu II, tj. wariantu w technologii alternatywnej, w wysokości 6.967.000,00 zł brutto (str. 13 załącznika D-1 do protokołu postępowania). Niemniej jednak sam zamawiający zastrzegł, dokonując szacowania wartości zamówienia, iż „niezależnie od przewidywanych (szacowanych) cen istnieje błąd oszacowania wynoszący około 30%, a wynika on m.in. z upustów cenowych licencji, jak i zmiennego kosztu wytworzenia, utrzymania i rozwoju systemu już istniejącego”. Tak więc już z powyższego wynika, iż cena ta (szacunkowa wartość zamówienia) nie jest adekwatna do rzeczywistości, a więc cen, które mogły być i faktycznie zostały zaoferowane w toku postępowania. Cena zaoferowana przez wykonawcę Sygnity faktycznie jest niska jednak wykonawca ten, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 19 marca 2013 r. dotyczące złożenia wyjaśnień ze wskazaniem elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, złożył bardzo dokładne wyjaśnienia, które zawierają szczegółową kalkulację cenową obejmującą wszystkie elementy

przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do wyjaśnień wykonawcy Sygnity, w którym elementy te zostały wyspecyfikowane) wraz z odniesieniem do przesłanek z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w powiązaniu z poszczególnymi elementami tabeli załącznika nr 1 do wyjaśnień, uwzględniając także marżę handlową. Z analizy przedstawionej kalkulacji cenowej wynika, że obejmuje ona cały przedmiot zamówienia, w tym także w pozycjach 2.7., 3.7 i 4.2 – na co wskazywali zamawiający i przystępujący na rozprawie - zawiera informacje i koszty elementów, do których odnosi się odwołujący na stronie 5 odwołania (pakiet dodatkowych licencji EMC Documentum, licencje Oracle oraz wsparcie techniczne). Odwołujący kwestionując ceny tych elementów (wchodzących w skład wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) i uznając je za zaniżone przyznaje przy tym (str. 6 odwołania), iż „poziom ceny charakteryzującej ofertę Signity mógłby zostać osiągnięty poprzez daleko idące oszczędności w zastosowaniu rozwiązań równoważnych do technologii wskazanych przez Zamawiającego (...)”. Jednocześnie żądając wykazania równoważności w przypadku zaoferowania rozwiązania alternatywnego, mimo iż na tym etapie postępowania takiego wymogu zamawiający nie postawił. Tak więc odwołujący mimo, iż nie wyklucza możliwości uzyskania przez wykonawcę niższych cen to jednak zarzut ten podnosi, odnosząc rażąco niską cenę zarówno do ceny oferty, jak i cen wskazanych wyżej elementów. Niemniej jednak ocena tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, a nie cen poszczególnych elementów. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyrokach: Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06; Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04; jak i Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05.

Samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest bowiem naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Powyższe co najwyżej wskazuje, że różnica zaistniała pomiędzy cenami ofert poszczególnych wykonawców jest wynikiem konkurencji i walki cenowej na rynku tego rodzaju zamówień. Cena oferty wykonawcy Sygnity jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia i ofert innych wykonawców to jednak, w kontekście bardzo szczegółowych wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę nie oznacza to, że cena ta jest rażąco niska.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

W kontekście powyższego Izba uznała, iż nie potwierdził się także zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę Sygnity czynu nieuczciwej konkurencji, jak również zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Sygnity,

jak już wyżej wskazano, są szczegółowe, w tym m.in. zawierają kalkulację cenową odnoszącą się do przedmiotu tego konkretnego zamówienia.

Zarzut dotyczący bezpodstawnego zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy Sygnity dotyczących rażąco niskiej ceny jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie potwierdził się

Izba ustaliła, iż zamawiający pismem z dnia 19 marca 2013 r., wezwał wykonawcę Sygnity do złożenia wyjaśnień ze wskazaniem elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Nadto dodała, iż na potwierdzenie zaoferowanej ceny należy „dodatkowo przedstawić dowody potwierdzające Państwa stanowisko.

W dniu 25 marca 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Sygnity złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami wskazując, iż dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż jedną z naczelnych zasad postępowania jest wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkiem od tej zasady są ustawowo określone przypadki pozwalają na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem. Takim wyjątkiem jest treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać taką informację, która spełnia łącznie trzy warunki, tj.: jest informacją o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inną posiadającą wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W świetle powyższego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Sygnity należy uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje dotyczą bowiem szczegółowej kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej wszystkie elementy przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i uwzględnieniem marży handlowej. Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę mogą być więc uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)” (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o

zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego *know-how*, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Tym samym Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Sygnity.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wykazu osób nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Sygnity zastrzegł część oferty jako objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym „Wykaz usług” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (str. 58 – 65 oferty) oraz „Wykaz osób” (str. 67 – 70 oferty).

W dniu 9 maja 2013 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Sygnity poinformował zamawiającego, iż „zawarte na stronach od 58 do 65 dotyczące „Wykazu usług” wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług nie stanowią aktualnie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i mogą być udostępnione.

W dniu 10 maja 2013 r. (w trakcie posiedzenia przed Izba) zamawiający przekazał odwołującemu odtajniony przez wykonawcę Sygnity „Wykaz usług” wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez zamawiającego. Rynek informatyczny jest bowiem specyficznym rynkiem usług charakteryzującym się szybkim tempem rozwoju, a co za tym idzie koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów. Tak więc informacje o konkretnych osobach, ich kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, a tym samym potencjale kadrowym danego wykonawcy mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzają bowiem ludzie, gdyż na rynku tego rodzaju usług poszukiwani są przede wszystkim wysokiej klasy specjaliści. Powoduje to konieczność zabezpieczania się firm przed dostępem do danych o jej zasobach kadrowych. Dlatego też Izba podzieliła w tym względzie stanowisko zamawiającego i przystępującego, uznając iż informacje na temat kluczowych specjalistów, mogą podlegać ochronie przed ich ujawnieniem dla konkurentów, którzy przykładowo mogliby próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Możliwość zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazu osób, mających wykonywać zamówienie wraz z ich

kwalfikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2007r., sygn. V Ca 421/07. Tym samym Izba uznała, iż dane dotyczące potencjału osobowego („Wykaz osób”) zasługują na ochronę, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym nie podlegają odtajnieniu i ujawnieniu innym wykonawcom.

Zarzut zaniechania odtajnienia „Wykaz usług” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie potwierdził się. Niemniej jednak wykonawca Sygnity w dniu 9 maja 2013 r., a więc po wniesieniu odwołania i na dzień przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, odtajnił te dokumenty. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia dla badania możliwości uwzględnienia odwołania pod kątem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż efektem podjętych czynności jest odtajnienie „Wykazu usług” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, a zatem uwzględnienie odwołania w tym zakresie nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: