

WYROK

z dnia 19 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Monika Kawa-Ogorzałek

Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **17 września 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **2 września 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **COMP S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi dotyczące systemu teleinformatycznego Centralna Baza Danych Cudzoziemców* (numer postępowania 12/DI/PN/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. Softiq sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach – po stronie odwołującego

B. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 1705/19

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługi dotyczące systemu teleinformatycznego Centralna Baza Danych Cudzoziemców* (numer postępowania 12/DI/PN/2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 kwietnia 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_080 pod poz. 192029.

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

22 sierpnia 2019 r. Zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Sygnity”}.

2 września 2019 r. Odwołujący „COMP” S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Comp”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty Sygnity.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (jeżeli poniżej nie wskazano innego aktu prawnego) {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. z 2018, poz. 419) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} – przez zaniechanie efektywnej oceny skuteczności zastrzeżenia informacji i zaniechaniem ujawnienia złożonych przez Sygnity: wyjaśnień rażąco niskiej ceny „Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności” {dalej również: „Koncepcja”} oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że zastrzeżone przez Sygnity informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, polegającym na zaniechaniu efektywnej weryfikacji, czy oferta Sygnity i jej części nie zawierają rażąco

niskich cen.

3. Art. 7 ust 1 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez wadliwą ocenę oferty Comp w zakresie kryterium „Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności” i przyznaniu zbyt małej liczby punktów.
4. Art 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art 90 ust 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Sygnity, pomimo że zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
5. Art 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 7 ust 1 i ust. 3 – przez wadliwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Sygnity i uznanie na ich podstawie, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, mimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Odtajnienia niezasadnie utajnionych przez Sygnity: Koncepcji, wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych oraz uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.
3. Udostępnienie Odwołującemu: Koncepcji, wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.
4. Przeprowadzenia badania w zakresie rażąco niskiej ceny oraz istotnych kosztów składowych w ofercie Sygnity.
5. Odrzucenia oferty Sygnity.
6. Dokonania ponownej oceny ofert i przyznanie Odwołującemu większej liczby punktów w kryterium „Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności”.
7. Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 2., 4. i 5. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia 5.720.560 zł, a ceny złożonych ofert kształtowały się następująco: Comp – 4.529.798,13 zł, Sygnity – 2.074.272 zł, Softiq – 1.949.058 zł, Decsoft – 4.254.865,20 zł.

Odwołujący dodał, że ponieważ oferty którym przyznano punkty (czyli Compu i Sygnity) nie różniły się między sobą w zakresie pozacenowych kryteriów terminu realizacji przedmiotu umowy i zadeklarowanego terminu przywrócenia działania CBDC po zgłoszeniu awarii, Zamawiający wyżej ocenił koncepcję wstępną wykonania funkcjonalności przedstawioną przez Sygnity – różnica wyniosła 15 pkt, jednak w przypadku ceny różnica wyniosła aż 21,68 pkt.

Zdaniem Odwołującego istotne jest, że Sygnity i Softiq złożyli oferty z podobnymi cenami, a Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp odrzucił jedynie ofertę Softiq.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z § 2 załącznika nr 5 do SIWZ przedmiotem zamówienia są usługi świadczone przez wykonawcę z wykorzystaniem personelu, który musi mieć wysokie kwalifikacje (rozdział 7 SIWZ).

Odwołujący stwierdził, że dyspozycja art. 90 ust. 3 pzp wskazuje, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp rodzi domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 pzp na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak; stanowi bowiem art. 90 ust. 3 Pzp, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również] złożenie wyjaśnień potwierdzających złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Odwołujący stwierdził, że pomimo zastrzeżenia przez Sygnity wyjaśnień rażąco niskiej ceny znajomość rynku pozwala Odwołującemu postawić zarzuty w zakresie rażąco niskiego charakter zaoferowanej przez Sygnity.

Według Odwołującego ponieważ cena ofert Sygnity jest o około 40% niższa od cen pozostałych ofert, jest ona oderwana od warunków rynkowych i nie pozwoli ona na należyte wykonanie umowy, gdyż jest niższa niż realny poziom kosztów (wraz z uwzględnieniem godziwego zysku) realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego szczególną uwagę należy zwrócić na koszt wynagrodzenia osób wchodzących w skład zespołu, który będzie realizował przedmiot zamówienia. Z symulacji przeprowadzonych przez Odwołującego wynika, że koszty wynagrodzenia tych osób oraz koszty poślednie w projekcie (przykładowo: koszty telefonów, przejazdów, noclegów, materiałów biurowych, amortyzacji sprzętu itp.), ponadto udział w kosztach ogólnych funkcjonowania firmy (lokal, księgowość, utrzymanie biura) oraz zakładany zysk.

Według Odwołującego można przyjąć, iż średnie miesięczne wynagrodzenie kierownika projektu wynosi 12.000,00 zł, zaś średnie miesięczne wynagrodzenie pozostałych

członków personelu projektu specjalistów wymaganych przez Zamawiającego wynosi 10.000,00 zł (są to stawki brutto zawierające również koszty pracodawcy). Ponieważ jest to projekt wielobranżowy, wymagający specjalistów z różnych dziedzin dysponujących wymaganym doświadczeniem i potwierdzonymi kwalifikacjami, nie są to stawki wygórowane. Jeżeli zatem Sygnity zapłaciłoby takie stawki, to przyjmując podaną cenę uznać należy, iż osoby te nie będą poświęcały właściwej ilości czasu na realizację zamówienia.

Zdaniem Odwołującego ze względu na liczbę obowiązków, które zostały przypisane wykonawcy zamówienia nie sposób ograniczać czas pracy poszczególnych osób dla uzyskania oszczędności w fazie realizacji. Z kolei mniejsze zaangażowanie zespołu wykonawcy nie pozwoli na należyte i terminowe wykonanie przedmiotu umowy. Nawet jeżeli założyć, że Sygnity przyjęło na potrzeby kalkulacji ceny prawidłową pracochłonność, stawki za jakie poszczególni pracownicy zmuszeni byłiby świadczyć swoje usługi rażąco odbiegają od stawek rynkowych. Ze względu na wysokie wymagania Zamawiającego nieracjonalne jest założenie, że specjaliści Sygnity zdecydowałiby się pracować za stawki zdecydowanie niższe niż rynkowe. Jest to kolejny argument, który świadczy o niedoszacowaniu oferty Sygnity.

Brak uwzględnienia przez Sygnity w zaoferowanej cenie czynników obiektywnych całości kosztów osobowych, które muszą zostać poniesione, aby realizować przedmiot zamówienia, stanowi o niedoszacowaniu i zaniżeniu oceny ofertowej. Ponieważ w ocenie Odwołującego nie sposób wykonać przedmiotu zamówienia za cenę oferty Sygnity, wyjaśnienia nie mogą być rzetelne i wiarygodne.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający nie udostępnił mu nie tylko wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Sygnity, ale również uzasadnienia utajnienia informacji dotyczących wyjaśnienia ceny.

Odwołujący podniósł, że w wyroku z 8 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1021/18 Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała, że niedopuszczalną praktykę należy uznać zastrzeżenie całego pliku dokumentów, jeżeli znajdują się w nim informacje równej wagi, także nieposiadające cech tajemnicy przedsiębiorstwa. W stanie faktycznym, który był podstawą wydania przedmiotowego orzeczenia, wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa również uzasadnienie jej zastrzeżenia, przy czym Izba uznała je za niezasługujące na ochronę.

Odwołujący wywiódł, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym,

przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp zamawiający jest uprawniony do zachowania – na wniosek wykonawcy – poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 pzp zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący przypomniał, że biorąc pod uwagę treść art. 11 ust. 2 uznk określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą i b) 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, c) podjęto w stosunku do niej działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odnosząc się do zastrzeżenia poufności wyjaśnień złożonych przez Sygnity, zdaniem Odwołującego z całą pewnością nie wszystkie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnienie całości wyjaśnień jest zdecydowanie zbyt daleko idącym działaniem ze strony Zamawiającego, zwłaszcza, że może w praktyce uczynić prawo do odwołania iluzorycznym. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności wyjaśnień jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 pzp.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący stwierdził, że uwzględniając fakt rażąco niskiej ceny w ofercie Sygnity należy założyć, iż Sygnity nie mogło przedstawić lepszej niż Odwołujący „Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności”. Z drugiej strony, zakładając iż przedstawiony w tej Koncepcji

sposób wykonania funkcjonalności jest lepszy to jest on nierealny, ze względu na to, że Sygnity nie jest w stanie zatrudnić odpowiednio wykwalifikowanej kadry.

W złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie z 17 września 2019 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 2., 4. i 5. listy zarzutów}

W ocenie Zamawiającego złożone przez Sygnity wyjaśnienia i dowody potwierdziły, że cena jego oferty, w tym jej części składowe, umożliwiają wykonanie zarówno całości przedmiotu zamówienia, jak i poszczególnych zadań. Przy czym wyceniony został pełen zakres przedmiotu zamówienia oraz wszystkie koszty dodatkowe, w tym wyjazdów, zarządu, ryzyk dodatkowych oraz uwzględniony zysk Wykonawcy.

Zamawiający oświadczył, że przy ocenie złożonych wyjaśnień uwzględnił m.in., że Sygnity:

(a) posiada wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu, a także świadczeniu usług utrzymania i rozwoju oraz wsparcia dla użytkowników końcowych systemów o dużej złożoności, w tym na rzecz Zamawiającego, dotyczących obszaru rynku pracy oraz zabezpieczenia społecznego i rodziny, a zatem zna otoczenie i uwarunkowania prawne, w których funkcjonuje Zamawiający, a także specyfikę Zamawiającego i systemów informatycznych przez niego eksploatowanych,

(b) jest twórcą oraz aktualnie świadczy usługi utrzymania analogicznego do będącego przedmiotem zamówienia systemu, tj. Aplikacji Centralnej (AC), który zgodnie z informacją zawartą w SIWZ zostanie zastąpiony przez system CBDC w zakresie danych i usług dotyczących cudzoziemców, i z którego dane będą migrowane do CBDC, a co za tym idzie, dysponuje zbudowanym przy wcześniejszych pracach na rzecz Zamawiającego zespołem o szerokiej i unikalnej znajomości merytoryki oraz technologii wykorzystywanej w obszarze dotyczącym zatrudniania cudzoziemców, którego członkowie są jednocześnie twórcami AC;

(c) wyceniło wykonanie systemu AC od podstaw na kwotę 257172,34 zł (tj. o ok. połowę mniej w stosunku do zaoferowanej ceny za wykonanie CBDC) i wytworzyło ten system za podaną cenę w terminach i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

(d) wyceniło koszty świadczenia usług administrowania oraz usuwania błędów i awarii, a także wsparcia użytkowników (hot-line) na poziomie odpowiednio ok. 245% i 136,7% kosztów wskazanych w realizowanej na rzecz Zamawiającego umowie nr 17/DI/PN/2016 z 15 grudnia 2016 r. za tożsame co do zakresu usługi; również wycena

roboczegodziny świadczenia usługi rozwoju CBDC stanowi 128% ceny we wskazanej powyżej umowie;

(e) świadczy usługi administrowania oraz usuwania błędów i awarii, a także wsparcia użytkowników (hot-line) w ramach powyższej umowy w sposób terminowy i rzetelny.

Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia zawierały szczegółowe obliczenia dotyczące kosztów pracy osób, które będą pełnić określone role w trakcie realizacji zamówienia, w tym w aspekcie poszczególnych usług stanowiących przedmiot zamówienia, tj. wykonania: analizy i zaprojektowania CBDC, wykonania i wdrożenia CBDC w środowiskach testowym i przedprodukcyjnym, dokonania migracji oraz wdrożenia CBDC w środowisku produkcyjnym, realizacji usług rozwoju CBDC, administrowania oraz usuwania awarii i błędów, świadczenia usług wsparcia dla użytkowników CBDC. Wskazano również precyzyjnie, jak w łącznej cenie oferty i cenie poszczególnych usług kształtują się pozostałe koszty.

Zamawiający zrelacjonował, że jedyne jego wątpliwości budziła liczba godzin pracy przy wycenie realizacji usług (o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-3 wzoru umowy) przy poszczególnych rolach, sugerująca, że przewidywany wymiar czasu pracy przekracza zadeklarowany w ofercie czas wykonania tego zakresu przedmiotu zamówienia. Stąd wezwał Sygnity pismem z 11 czerwca 2019 r. do złożenia dodatkowych wyjaśnień. W odpowiedzi 14 czerwca 2019 r. Wykonawca podał liczbę osób, którą zamierza zaangażować do realizacji przedsięwzięcia, w tym do wykonania poszczególnych zadań, odrębnie dla każdej z usług, o których mowa w 2 ust. 1 pkt 1-3 wzoru umowy i odrębnie dla każdej roli.

W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia potwierdziły możliwość wykonania przez Sygnity przedmiotu zamówienia w zakresie usług, o których mowa w 2 ust. 1 pkt 1-3 wzoru umowy, w terminie zadeklarowanym w ofercie.

Natomiast złożone przez Softiq sp. z o.o. wyjaśnienia i przedłożone dowody były niespójne i zawierały sprzeczności. W ocenie Zamawiającego nie uzasadniały wartości kosztów poszczególnych usług, a także potwierdzały opinię Zamawiającego, iż niektóre usługi w ofercie firmy Softiq są niedoszacowane, *a montaż finansowy zastosowany w ofercie Softiq sp. z o.o. jest tak skonstruowany, aby maksymalnie ograniczyć ewentualną odpowiedzialność firmy*, w związku z czym Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Softiq.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający podał, że 12 września 2019 r. przekazał Odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia przez Sygnity jako tajemnicy przedsiębiorstwa „Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności”. Jednocześnie Zamawiający oświadczył, że uprzednie nieprzekazanie jego

treści było wynikiem niedopatrzania.

W ocenie Zamawiającego Sygnity w obu uzasadnieniach zawarło wyczerpującą argumentację, odnosząc się do uwarunkowań formalnych, organizacyjnych i technicznych firmy, unikalnej wiedzy i dotychczasowych doświadczeń, które są znane wyłącznie wąskiemu gronu osób zobowiązanych do dyskrecji, odpowiadających za przygotowanie oferty, a przez to posiadają określoną wartość rynkową i pozwalają Wykonawcy osiągać przewagę konkurencyjną na rynku IT i w obszarze zamówień publicznych.

Zamawiający podał, że wyjaśnienia Sygnity w przedmiocie rażąco niskiej ceny zawierają informacje dotyczące poziomów wynagrodzeń, przyjętych marż handlowych, zakresu współpracy z innymi dostawcami, informacje o metodologii realizacji usług stanowiących przedmiot zamówienia oraz informacje handlowe dot. działalności spółki u innych klientów. Zgodnie z oświadczeniem Sygnity informacje te nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, a Wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania zmierzające do zachowania poufności w tym zakresie. Stąd Zamawiający uznał, że wypełnione zostały przesłanki definiujące tajemnicę przedsiębiorstwa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający dodał, że nie mógł udostępnić wyjaśnień w części, gdyż w całości opierają się na szczegółowych kalkulacjach kosztów i przychodów, wzajemnie powiązanych ze sobą.

Zamawiający zauważył, że zastrzeżenia swojej Koncepcji dokonał każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu. Z uwagi na zakres i treść Koncepcji Zamawiający uznał, że wiedza, która jest potrzebna do jej opracowania – szczególnie dotycząca rynku IT, na którym dochodzi do przejmowania zarówno klientów, jak i pracowników – jest unikalna i stanowi istotną wartość.

W ocenie Zamawiającego zastrzeżone w Koncepcji Sygnity informacje zawierają dane o wysokim stopniu zaawansowania technicznego i zostały przygotowane dla tego konkretnego postępowania. Wszystkie zastrzeżone informacje mają charakter komercyjny, są przejawem unikalnej wiedzy i doświadczenia Sygnity oraz mają określoną wartość gospodarczą (na ich pozyskanie, wykorzystanie i chronienie firma musiała wydatkować konkretne środki finansowe). Wysoką jakość Koncepcji opracowanej przez Sygnity potwierdza, że jako jedyna w postępowaniu, która otrzymała prawie maksymalną liczbę możliwych do uzyskania punktów (30/32).

W związku z powyższym Zamawiający uznał, że ujawnienie koncepcji mogłoby stanowić podstawę do dokonania przez podmioty konkurencyjne wobec Sygnity niedozwolonych czynów nieuczciwej konkurencji.

W piśmie z 17 września 2019 r. Przystępujący zawarł w szczególności następującą

argumentację.

{ad pkt 2., 4. i 5. listy zarzutów}

Jedynym w miarę sprecyzowanym zarzutem w tym zakresie jest zaniżenie przez Sygnity w swojej ofercie kosztów zatrudnienia osób angażowanych do projektu. W treści swego odwołania Comp wskazuje na właściwe jego zdaniem kwoty wynagrodzenia, jakie są niezbędne do wyasygnowania w celu zatrudnienia specjalistów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Nie wskazuje jednak z jakich względów te, a nie inne kwoty uznał jako właściwe i nie wziął pod uwagę, iż możliwym jest, że pozostali wykonawcy mogą mieć dostęp do specjalistów po stawkach innych niż te, które są właściwe np. Odwołującemu, czy nawet niższe niż wskazywane przez Odwołującego jako źródło średnich stawek rynkowych, na jakie powołują się poszczególne portale porównujące zarobki w ramach poszczególnych branż.

Odwołujący wyraźnie zaznaczył, że do sytuacji Przystępującego okoliczności przedstawione w odwołaniu nie będą miały zastosowania. Wprost bowiem z przedłożonych do wyjaśnień Sygnity dowodów wynika, iż w jego przypadku koszty związane z pozyskaniem personelu umożliwiają mu zaoferowanie przedmiotu zamówienia po znacznie korzystniejszych cenach niż zapewne ceny, jakie może zaoferować Odwołujący. Co więcej, dowody te wskazują nie tyle na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia po stawkach wskazanych w ofercie Sygnity, ale wręcz dają pewność, iż zaoferowana stawka roboczogodziny jest realna i możliwa do utrzymania w toku wykonywania zamówienia publicznego, stanowiącego przedmiot prowadzonego postępowania.

Przystępujący nie zakwestionował co do zasady konieczności wzięcia pod uwagę przynajmniej niektórych innych elementów kosztotwórczych, które wskazał w odwołaniu Comp. Jednak zauważył, że konieczność poniesienia określonych kosztów, czy też ich wysokość jest uzależniona każdorazowo od właściwości każdego wykonawcy, metodologii realizacji prac, sposobu szacowania kosztów itp. Najistotniejszym jest, że Sygnity uwzględniło wszystkie elementy, które są niezbędne do prawidłowego skalkulowania, a następnie zrealizowania prac przy uwzględnieniu stawek określonych w ofercie.

Przystępujący zwrócił uwagę, że stawka roboczogodziny pracy konsultanta zaoferowana przez Sygnity w tym postępowaniu jest w bardzo zbliżona do stawki zaoferowanej przez Softiq, oraz porównywalna, a nawet wyższa niż stawki oferowane zarówno przez Przystępującego, jak i innych wykonawców w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego realizowanych na rzecz tego konkretnego Zamawiającego. W tej sytuacji dla Przystępującego oczywiste wydaje się, że stawka ta jest rynkowa i realna.

Przystępujący w szczególności wskazał, że:

(a) Deleguje na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia niezbędny zespół osób o kompetencjach odpowiednich do prawidłowej realizacji tego typu usług. Szczegółowe informacje w tym zakresie znajdują się na stronach 5-7 oraz 8-12 wyjaśnień z 5 czerwca 2019 r. Osoby delegowane przez Sygnity do realizacji przedmiotu zamówienia niewątpliwie posiadają kompetencje niezbędne, ale i wystarczające do prawidłowej realizacji prac w tym obszarze przewidzianych przez Zamawiającego.

(b) Ocena tego, czy wynagrodzenie danej osoby jest adekwatne do posiadanych kompetencji jest w istocie ocenę, czy wynagrodzenie przyporządkowane danej osobie jest realne i wiarygodne. W powyższym zakresie zarówno sama treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, jak i dowody załączone przez niego w postaci umów regulujących współpracę z Sygnity jednoznacznie pozwalają ustalić, że stawki wynagrodzenia są nie tylko prawdopodobne, ale po prostu udowodnione co do kwot przyjętych do kalkulacji.

(c) Stopień zaangażowania każdej z osób w realizację usług modyfikacji został dokonany w ramach wyjaśnień w odniesieniu do tej pozycji na stronie 17 złożonych wyjaśnień z 5 czerwca 2019 r. W ocenie Przystępującego, a także w kontekście jego dotychczasowych bardzo szerokich doświadczeń w pracy u Zamawiającego przy różnego rodzaju projektach, zastosowane współczynniki są odpowiednie i wystarczające do realizacji prac na wymaganym przez niego poziomie.

(d) Kwestia kosztów pracodawcy oraz pozapłacowych kosztów zatrudnienia pracowników również została przez Przystępującego zaadresowana w treści złożonych wyjaśnień. Szczegółowe informacje na temat przyjętych do kalkulacji kosztów w tym zakresie wskazane zostały na str. 8-11 oraz 28 wyjaśnień. W tym kontekście zaznaczamy stanowczo, w odniesieniu do kosztów pracodawcy, że koszty te w odniesieniu do elementów, które zostały opisane w odwołaniu zostały przez Sygnity ujęte w treści oferty.

Sygnity zwróciło uwagę, że aktualnie realizuje na rzecz Zamawiającego usługi m. in. w ramach umowy z 4 lutego 2019 r. na utrzymanie i rozwój systemu STOR (kopia umowy w załączeniu) przy stawce za roboczogodzinę pracy w wysokości 37,50 zł brutto, co oznacza, iż jest to stawka niższa niż aktualnie zaoferowana w tym postępowaniu. Przy czym zlecone prace są realizowane bez żadnych uchybień i zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, umożliwiają Sygnity nie tylko pokrycie wszystkich ponoszonych kosztów, ale też uzyskanie zysku. Cena za 1 rbh, jaką zaoferowała spółka Sygnity w przedmiotowym postępowaniu, jest również dokładnie taka sama, jaką zaoferował inny uczestnik niniejszego postępowania tj. Softiq w postępowaniu nr 3/DI/PN/2019 „Usługi dotyczące Systemu Rejestru Jednostek Pomocy Społecznej (RJPS) w zakresie rozwoju, utrzymania i wsparcia użytkowników” oraz wyższa od zaoferowanej przez Odwołującego ceny za 1 rbh w postępowaniu nr

44/DI/PN/2018 „Usługi dotyczące systemu Broker SI PSZ”. Obydwie oferty były składane w 2019 roku, a więc ceny są aktualne. Odnośnie pierwszej z nich przed Izbą prowadzone było postępowanie odwoławcze z odwołania firmy Softiq (pod sygn. akt KIO 1135/1 9), w tym w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny zarówno w odniesieniu do całej ceny oferty, jak i poszczególnych jej elementów składowych, w szczególności w zakresie ceny za jedną roboczogodzinę pracy osoby skierowanej do realizacji przedmiotu zamówienia. Wyrok Izby z dnia 11 lipca 2019 r. nie pozostawił wątpliwości, iż poziom kosztów zaoferowanych przez Sygnity w postępowaniu, którego przedmiotem był system RJPS miał charakter rynkowy.

Przystępujący podsumował, że poza gołosłownymi twierdzeniami Odwołującego, brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że wyjaśnienia złożone przez Sygnity mają charakter nierzetelny, a sama cena roboczogodziny pracy jako podstawa obliczenia pozostałych kosztów oferty wskazuje na zaoferowanie jej poniżej kosztów, co przesądzałoby o tym, że ma charakter ceny rażąco niskiej.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Przystępujący stwierdził, że w swoich wyjaśnieniach utajnił te informacje, które posiadają dla niej istotne znaczenie o charakterze organizacyjnym i handlowym, posiadających jednocześnie wartość handlową. Prawidłowość takiego działania potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie (przykładowo wyroki wydane: 11 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 175/13, 7 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1239/13 czy 7 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 523/14), co zostało wyraźnie wskazane w treści złożonych wyjaśnień. Co więcej według Przystępującego spełnił również pozostałe warunki, od których uzależniona jest skuteczność dokonanego zastrzeżenia, tzn. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie została ujawniona (a co za tym idzie nie jest ona powszechnie znana) osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób; o podjęto w stosunku do niej, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W odniesieniu do utajnienia „Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności” Przystępujący stwierdził, że w odwołaniu oprócz pewnych kwestii natury ogólnej nie przedstawiono żadnych argumentów wskazujących, że Koncepcja jako taka nie mogłaby być przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa Sygnity. Nie wykazano również, aby nie zostały zachowane pozostałe elementy warunkujące uznanie Koncepcji wstępnej wykonania funkcjonalności jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tej sytuacji nie jest jasne, jakie konkretnie okoliczności zdaniem Odwołującego mają być podstawą do uwzględnienia powyższego zarzutu, może poza faktem braku zapoznania się przez Odwołującego

z informacjami na temat podstaw zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy, biorąc dodatkowo pod uwagę, że również Koncepcja dołączona do oferty Comp nie została Przystępującemu przekazana (czyli również Comp przyjął, iż stanowi ona tajemnicę jego przedsiębiorstwa), dla Przystępującego oczywista jest bezzasadność zarzutu Odwołującego.

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. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i dalszym piśmie (w graniach zarzutów zawartych w odwołaniu), odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz 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 postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Sygnity – zarówno składając w ofercie Koncepcję ofertę, jak i wyjaśnienia dotyczące ceny oferty – wraz z zastrzeżeniem ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawiło zwięzłe uzasadnienie, w którym jednak nie ograniczyło się do przywołania treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale odniosło się, w jaki sposób w tym przypadku spełnione są wszystkie trzy przesłanki wynikające z tego przepisu.

W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia dla wszystkich jego uczestników oczywiste było, że sporządzenie koncepcji realizacji zamówienia ocenianej w ramach najważniejszego kryterium pozacenowego opiera się na unikalnym know-how, czyli ma wymierną wartość gospodarczą, stąd wszyscy wykonawcy utajnili w tym zakresie swoje oferty, co Zamawiający utrzymał w mocy.

Zarzut odwołania, uszczegółowiony z konieczności w piśmie procesowym, sprowadza się do zakwestionowania skuteczności zastrzeżenia z uwagi na omyłkowe wskazanie w treści zastrzeżenia błędnej nazwy Koncepcji z odwołaniem się do pkt opisu zamówienia z innego postępowania równoległe prowadzonego przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że choć kwestia ta była przedmiotem odrębnych wyjaśnień, na podstawie informacji, o których wspomniano w wezwaniu do ich złożenia (Sygnity na platformie zakupowej oznaczył jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokument prawidłowo zatytułowany z odesłaniem do odpowiednich pkt opisu przedmiotu zamówienia), uwzględniając reguły wykładni oświadczeń woli z Kodeksu cywilnego (w szczególności zgodnie z art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje), Zamawiający mógł stwierdzić nawet bez ich złożenia, że intencją Wykonawcy było zastrzeżenie Koncepcji, którą składa w tym postępowaniu.

Skoro po wniesieniu odwołania Zamawiający udostępnił Odwołującemu uzasadnienie utajnienia Koncepcji przez Sygnity, do czego Odwołujący odniósł się w piśmie procesowym, biorąc pod uwagę stan rzeczy na chwilę orzekania, uchybienie Zamawiającego, który powinien wcześniej to uczynić, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Również w przypadku wyjaśnień ceny oferty, skoro bazują one przede wszystkim na nieznanych Odwołującemu i innym wykonawcom wynagrodzeniach obowiązujących w Sygnity, oczywiste jest, że mają one dla niego wymierną wartość gospodarczą, skoro konkurenci nie są w stanie znaleźć pracowników za takie stawki.

Skoro uzasadnienie utajnienia wyjaśnień dotyczących ceny jest wystarczające, a Odwołujący mimo jego nieudostępnienia zdecydował się skarżyć również jego zasadność, dla rozstrzygnięcia tego zarzutu, który jest dalej idący, nie ma znaczenia, że nieprawidłowo Zamawiający nie udostępnił Compowi tego uzasadnienia.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest bezzasadny.

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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.). 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 Koncepcji i wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty, a także pozostałe dwie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, zarzuty odwołania w tym zakresie należy uznać za bezzasadne.

{rozpoznanie zarzutów z pkt 2., 4. i 5. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Pismem z 31 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Sygnity w trybie art. 90 ust. 1 oraz 1a pzp zwrócił się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Podstawą wezwania było odbieganie ceny oferty zarówno od ubruttowionej wartości zamówienia (o blisko 64%), jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (nieco ponad 35%).

Zamawiający sprecyzował, że oczekuje wyjaśnień oraz szczegółowej kalkulacji cenotwórczej wraz z dowodami, które w ocenie Wykonawcy uzasadniają zarówno zaoferowaną cenę oferty, jak też poszczególne ceny cząstkowe na nią się składające.

Pismem z 5 czerwca 2019 r., które w całości zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Sygnity udzieliło wyjaśnień odpowiadających powyższemu wezwaniu t.j. zawierających w szczególności kalkulację kosztów pracowniczych wykonania przedmiotu umowy w rozbiciu na poszczególne etapy wymienione w § 2 ust. 1 wzoru umowy, czyli: 1) analizę i zaprojektowania CBDC, 2) wykonanie CBDC oraz wdrożenie w środowiskach testowym i przedprodukcyjnym, 3) migrację danych do CBDC oraz wdrożenia w środowisku produkcyjnym, 4) rozwoju CBDC (z dodatkowym rozbiciem tego etapu według systematyki § 8 ust. 1 wzoru umowy na zmiany wynikające z: po pierwsze – potrzeb i wymagań funkcjonalnych użytkowników, po drugie – zmian prawnych oraz aktualizacji platformy sprzętowo-systemowej – upgrade'u oprogramowania, modernizacji platformy sprzętowo-systemowej), 5) administrowania oraz usuwania awarii i błędów CBDC oraz 6) wsparcia użytkowników CBDC, a także kosztów: zarządzania projektem w okresie utrzymania (po wdrożeniu produkcyjnym), narad koordynacyjnych (o których mowa w § 4 ust. 4 wzoru umowy), obsługi kontroli (o której mowa w § 19 wzoru umowy), klauzuli społecznej (z pkt 3.4.1. s.i.w.z.), wreszcie podania poziomu założonych względem kosztów łącznych kosztów operacyjnych, w tym: delegacji pracowników, czynszu, infrastruktury, materiałów biurowych oraz innych kosztów i ryzyka.

Do wyjaśnień załączono dowody w postaci umów o pracę reprezentatywnych dla stanowisk, które będą zaangażowane w realizację tego zamówienia.

Pismem z 11 czerwca 2019 r. Zamawiający, w związku z tym, że w szczegółowych wyjaśnieniach kalkulacji elementów formularza ofertowego w odniesieniu do wykonania przedmiotu umowy w zakresach, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-3 wzoru umowy, dla większości zdefiniowanych ról przewidziano czas pracy w wymiarze przekraczającym 168 h,

zażądał podania, odrębnie dla każdej wyszczególnionej roli, konkretnej liczby osób.

Pismem z 14 czerwca 2019 r., które w całości zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Sygnity udzieliło wyjaśnień odpowiadających powyższemu wezwaniu t.j. podało liczbę osób na poszczególnych funkcjach, którą przewiduje skierować do realizacji tego zamówienia na poszczególnych etapach jego realizacji.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu w trybie 90 ust. 1 i 2 pzp wyjaśnieniach Przystępujący wykazał jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, obalając w ten sposób domniemanie, które legło u podstaw wezwania.

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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 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 ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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 ze złożonymi 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.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

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 przyjąć 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 cząstkowe 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.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty Sygnity na tyle odbiegała od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej złożonych ofert,

że Zamawiający uznał za konieczne wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, co na Sygnity nałożyło prawny obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

W ocenie składu orzekającego zarzuty zawarte w odwołaniu, choć formalnie o możliwie najszerszym zakresie, mają ogólnikowy charakter. Cena oferty Sygnity została zakwestionowana, gdyż jest znacząco niższa od wartości oszacowanej przez Zamawiającego, a także odbiega od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, wreszcie jest na takim samym poziomie jak cena oferty Softiq, która została odrzucona z powodu niewykazania, że nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia złożone przez Sygnity, niezależnie od ich treści – z którą Odwołujący nie mógł się zapoznać w całości – mają być apriori niewiarygodne, gdyż za taką cenę oferty nie ma możliwości wykonania zamówienia. Na tej samej zasadzie załączone do tych wyjaśnień dowody – nieznanne w ogóle Odwołującemu – miałyby być bez znaczenia wobec składnych przez Odwołującego opracowań dotyczących aktualnych poziomów wynagrodzeń informatyków.

W odwołaniu zamieszczono również uwagę, z której wynika, że powyższe okoliczności mają być całkowicie wystarczające, gdyż Odwołujący nie ma obowiązku dowodzenia w zakresie wykazania rażąco niskiej ceny.

Takie stanowisko zdaje się zasadać na art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp, według którego ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja dotycząca rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego nie zwalniała Odwołującego od przedstawienia w odwołaniu, które zainicjowało to postępowanie, okoliczności uzasadniających podniesienie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Odwołujący zdaje się nie rozróżniać okoliczności faktycznych konstytuujących zarzut, czyli określonych twierdzeń o faktach, z których wywodzi skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Zgodnie z art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Art. 190 w kolejnym ust. 1a pzp wprowadza w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, co nie zmienia reguły, że w pierwszym muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Przy czym nie może się to sprowadzać do ogólnikowych twierdzeń, że cena oferty jest rażąco niska, czy też, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić

do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp 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 przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Nawet w sytuacji, gdy Odwołujący zdecydował się podnieść w ciemno zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień Sygnity, nie powinno sprowadzać się to do ogólnikowego postulowania, aby Izba dokonała niejako z urzędu dokładnej weryfikacji tych wyjaśnień z uwagi na wnioski wyciągnięte przez Odwołującego ze znanych mu okoliczności generalnych, które legły u podstaw wezwania. Odwołujący również w takim przypadku, jeżeli chce mieć szansę na jego uwzględnienie, powinien sprecyzować, jakimi hipotetycznie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy takie fakty zaistniały, czy też nie, a nie tylko odsyłać do brzmienia przepisu. W szczególności Odwołujący, który powołał się w odwołaniu na to, że przeprowadził symulację kosztów realizacji zamówienia, powinien w odwołaniu ją przedstawić, zwłaszcza że przecież sam musiał skalkulować cenę oferty na potrzeby złożenia oferty w tym postępowaniu. Tymczasem konkretne okoliczności zawarte w odwołaniu sprowadzają się wyłącznie do wskazania stawek wynagrodzeń dla poszczególnych stanowisk, które Odwołujący uważa za właściwe. Próżno natomiast szukać w odwołaniu (a nawet złożonym na posiedzeniu piśmie procesowym) jakichkolwiek danych co do liczby roboczogodzin, która według Odwołującego miałyby być konieczna dla realizacji poszczególnych etapów umowy.

Tym niemniej Izba możliwie szczegółowo zapoznała się z wyjaśnieniami złożonymi przez Sygnity oraz z załączonymi do nich dowodami i stwierdziła, że nie są one ani lakoniczne, ani ogólnikowe, a 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. Oczywiście jest, że 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. Niezasadny jest zatem zarzut, że Zamawiający powinien ocenić poparte dowodami wyjaśnienia Sygnity odmiennie, niż to uczynił. W konsekwencji bezpodstawny jest zarzut, że cena oferty Sygnity jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 3. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zarzut sformułowany na początku odwołania dotyczy zaniżenia punktacji Koncepcji opracowanej przez Comp, natomiast lakoniczne uzasadnienie tego zarzutu odnosi się już wyłącznie do Koncepcji złożonej przez Sygnity.

Ponadto w żadnym miejscu odwołania nie skonkretyzowano, z jakiego powodu w świetle opisu sposobu oceny w tym kryterium oceny ofert Koncepcja Compu powinna uzyskać większą liczbę punktów, względnie koncepcja Sygnity powinna uzyskać mniejszą liczbę punktów. Na podstawie treści odwołania nie sposób nawet stwierdzić, jakie w tym zakresie zasady zostały opisane w specyfikacji.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut jest bezzasadny.

Jak to już powyżej wskazano przy okazji innego zarzutu, zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp 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 przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}.

Skoro odwołanie nie zawiera okoliczności wskazujących, na czym miałyby polegać nieprawidłowa ocena Koncepcji przez Zamawiającego, tak postawiony zarzut należy uznać za oczywiście bezzasadny.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, których poniesienie zostało udokumentowane do zamknięcia rozprawy stosownym rachunkiem.