Sygn. akt: KIO 3190/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę: MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochoła 23, 91-230 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Muzeum Narodowe Ziemi Przemyskiej w Przemyślu, pl. Berka Joselewicza 1, 37-700 Przemyśl,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, wykonawcy: F. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Fpsystem F. P., ul. Robotnicza 7, 78-600 Wałcz,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochoła 23, 91-230 Łódź, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochoła 23, 91-230 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: MobileMS Sp. z o.o., ul. Chochoła 23, 91-230 Łódź na rzecz zamawiającego: Muzeum Narodowe Ziemi Przemyskiej w Przemyślu, pl. Berka Joselewicza 1, 37-700 Przemyśl stanowiącą koszty poniesione z tytułu

wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za

pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3190/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Muzeum Narodowe Ziemi Przemyskiej w Przemyślu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w trybie podstawowym bez negocjacji na „Zakup sprzętu komputerowego, programu do inwentaryzacji oraz wyposażenia sali audiowizualnej dla MNZP w Przemyślu" w podziale zamówienia na trzy części, w tym Część I „Zakup wraz z wdrożeniem komputerowego systemu do ewidencji zarządzania muzealiami". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00357737/01 w dniu 7 czerwca 2024 r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w prowadzonym postępowaniu w dniu 29 sierpnia 2024 r.

Wykonawca, MobileMS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 i art. 505 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę F. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Fpsystem F. P. z siedzibą w Wałczu, zwanego dalej „Fpsysytem",

2. zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Fpsystem wyjaśnień uzupełniających rażąco niskiej ceny pomimo, że wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorcy, a przede wszystkim zastrzeżenie jest spóźnione (uzasadnienie tajemnicy w zakresie cen powinno zostać przedłożone wraz z pierwszym wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny),

3. czynności oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny (wraz z wyjaśnieniami uzupełniającymi) złożonych przez Fpsystem w trybie art. 224 Pzp;

4. czynności ponownego wezwania Fpsystem do wyjaśnień uzupełniających rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia były ogólne, lakoniczne i po tych wyjaśnieniach oferta powinna być odrzucona;

5. zaniechania odrzucenia oferty Fpsystem pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 239 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Fpsystem;

2. art. 18 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji wskazanych w uzupełniających wyjaśnieniach, jako poufne, podczas gdy:

- zastrzeżenie i uzasadnienie tajemnicy nastąpiło za późno – ceny i detale powinny być podane w pierwszych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i w tym terminie zastrzeżone,

- informacje nie mają charakteru poufnego (brak spełnienia przesłanek),

- zastrzeżenie nie uzasadnia poufności informacji (ogólny charakter), gdyż nie odnosi się do konkretnych informacji, ewentualnie

3. art. 224 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Fpsystem wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy wyjaśnienia Fpsystem w żaden sposób nie obalają domniemana z art. 224 Pzp, gdyż są bardzo ogólnikowe i oprócz ogólnych informacji o systemie i wykonawcy, nie odnoszą się w żaden sposób do wyliczenia kosztów. Brak jest w nich jakichkolwiek danych (matematycznych, przedstawienia kosztów), na podstawie których Zamawiający może ustalić, czy cena oferty nie jest rażąco niska. Wskazane nieprawidłowości powinny skutkować odrzuceniem oferty fpsystem.

4. art. 224 ust. 1, ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp - wyrażający się w nieuprawnionym, ponownym wezwaniu z dnia 23 sierpnia 2024 r. wykonawcy Fpsystem do udzielenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z przedstawieniem wymaganych dowodów na okoliczność rzetelnej kalkulacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;

2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3. odtajnienia informacji zawartych w uzupełnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

4. dokonania ponownej oceny ofert

5. odrzucenia oferty Fpsystem,

6. wybór oferty MobileMS jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych w odwołaniu Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest obecnie drugą w rankingu ofert, jednakże wygrywająca oferta Fpsystem powinna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę, w szczególności brak wykazania wartości matematycznych oferty (brak jest podania jakichkolwiek kosztów wykonawcy) oraz kolejnego nieuprawnionego wezwania do złożenia wyjaśnień dodatkowych. Odwołujący wskazał ponadto, że w wyniku naruszeń przepisów ustawy Pzp może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyły trzy firmy, ceny wskazanych ofert kształtowały się w sposób następujący:

Tronus Polska Sp. z o.o. - 729 805,95 zł

Fpsystem F. P. - 142 100,00 zł

MobileMS Sp. z o.o. - 259 800,00 zł

Zgodnie z informacją, Zamawiający planował przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 231.000,00 zł. Tak więc, cena oferty Fpsystem mocno odbiegała od tej kwoty. Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, w tym przedstawienie dowodów na realność wskazanej ceny.

Wykonawca Fpsystem 15 lipca 2024 r. złożył wyjaśnienia w zakresie ceny oferty. MobileMS po dokonaniu analizy treści zastrzeżonych wyjaśnień, doszedł do wniosku, że mają one charakter ogólny, nie odnoszą się w żaden sposób do ceny oferty. Jest to dokument stanowiący ogólny opis systemu, bez żadnej konkretnej metodyki wyliczenia ceny.

W dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał I czynności wyboru oferty Fpsystem. Odwołujący niezwłocznie zwrócił się

do Zamawiającego o ofertę wraz z załącznikami, które wykonawca wybrany w postępowaniu złożył Zamawiającemu.

Na wskazaną czynność wyboru MobileMS złożył odwołanie (sygn. akt. KIO: 2783/24), skarżąc przede wszystkim lakoniczność wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Fpsystem. Po złożeniu odwołania Zamawiający unieważnił czynność I wyboru oferty Fpsystem. Krajowa Izba Odwoławcza w związku z unieważnieniem czynności umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 23.08.2024r. Zamawiający wezwał wykonawcę Fpsystem do złożenia w ramach uprzednio złożonych wyjaśnień kolejnych wyjaśnień. Dopiero w drugim wezwaniu Zamawiający nakierował Fpsystem na podanie cen, wartości i okoliczności, które bezwzględnie powinny znaleźć się w pierwszych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Dokument Fpsystem z 15 lipca 2024 r. (na I wezwanie) w żaden sposób nie może być uznany za spełniający kryteria wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a na pewno nie obala domniemania rażąco niskiej ceny (zgodnie z art. 224 Pzp). Pomimo to Zamawiający raz jeszcze w sposób niezgodny z Pzp wezwał tego wykonawcę do „wyjaśnień uzupełniających" pomimo, że pierwsze wyjaśnienia powinny skutkować odrzuceniem oferty.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

Wykonawca Fpsystem dopiero składając wyjaśnienia uzupełniające zastrzegł pewne informacje, które de facto były niezbędne w pierwszych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, jako informacje poufne. W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie jest spóźnione i już z tego powodu powinno zostać uznane za formalnie niedopuszczalne.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że Zamawiający rażąco naruszył podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych – tj. zasadę jawności postępowania. Powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący wskazał, że każde odejście od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś

część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza powinna nakazać Zamawiającemu ich odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Fpsystem nie wykazał spełnienia się wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, określonej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.: 1) posiadania cech informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub inne informacje, która posiada wartość gospodarczą,

2) wykazania, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) wykazania podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Odwołujący wskazał, że naruszenie art. 18 ust. 1 – 3 Pzp zawsze ma wpływ na wynik postępowania, a to ze względu na fakt, że udostępnienie przez Zamawiającego danych informacji w toku postępowania, już po wniesieniu odwołania, w tym w wyniku wykonania wyroku Izby – zawsze jest nową okolicznością, na którą każdemu z uczestników postępowania służy środek ochrony prawnej.

Przedmiotowe uzasadnienie obejmuje 5,5 strony, jednakże szczegółowa analiza wskazuje, że uzasadnienie to jest ogólnikowe, nie odnoszące się do konkretnego dokumentu: a. Str. 1 to określenie jakie dokumenty mają być objęte tajemnicą m.in. Zarządzenie o wdrożeniu instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami; Instrukcja zarządzania systemami informatycznymi, Oświadczenie pracownika o zachowaniu poufności, Przykładowa umowa o prowadzeniu negocjacji i o zachowaniu poufności Jednak w żaden sposób Fpsystem w późniejszym czasie się do nich nie odwołuje, nie precyzuje dlaczego powinny być zastrzeżone. b. Str. 2-4 – to ogólnikowe stwierdzenia, podanie legalnych przesłanek, przytoczenie orzeczeń judykatury czy wpisanie zdań, które pasowałyby do każdej informacji, c. Str. 4-6 - to pasujące do każdego projektu określenie „wartości gospodarczej" i „działań podejmowanych w celu zabezpieczenia informacji"

W dokumencie tym w ogóle nie ma indywidualnego uzasadnienia tajemnicy konkretnych informacji, lecz ogólny – który w jakiejś części można przyporządkować do każdej informacji opis przesłanek prawych.

Wobec powyższego wyjaśnienia powinny zostać odtajnione.

Rażąco niska cena oferty Fpsystem

Zamawiający oczekiwał konkretnych wyjaśnień, aby móc sprawdzić podane w wyjaśnieniach kwoty, ceny, oferty podwykonawcy czy koszty pracowników. Żadna z tych wartości nie została nawet podana, nie mówiąc o tym, aby była uzasadniona. Natomiast pismo wykonawcy z dnia 15 lipca 2024 r. zawierające jedynie 3 strony w swojej treści zawiera:

a. Opis systemu Muzeo – bez podania żadnych kosztów wdrożenia, wytworzenia czy innych związanych z przedmiotowym postępowaniem.

b. Kilka informacji o wybranej firmie – bez żadnych kosztów funkcjonowania firmy, kosztów zatrudnienia czy jakichkolwiek danych, które mogłyby wykazać brak rażąco niskiej ceny.

b. Kilka ogólnych opisowych argumentów dlaczego zdaniem tego wykonawcy są w stanie zinformatyzować Zamawiającego – także bez podania jakichkolwiek danych finansowych. Dokument ten nie zawiera żadnego konkretnego uzasadnienia ceny. Odwołujący, jako aktywny uczestnik rynku zamówień publicznych, po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień Fpsystem stwierdził, że dokument ten ma charakter ogólny, jest to raczej generalny opisowy wzór, który można przypasować do każdego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie precyzyjne wyjaśnienia z kosztami, narzutami, stawkami przewidzianymi dla konkretnego przetargu o które wnioskował Zamawiający. Załączniki do tego dokumentu także nie mogą być uznane za dowody. Załączone dokumenty prawdopodobnie wysyłane są przez Fpsystem do każdego (albo większości) wezwania dotyczącego rażąco niskiej ceny w różnych przetargach. Takie dokumenty można by uznać za dowód – jeżeli wykazywałyby koszty tego konkretnego projektu. Natomiast w wyjaśnieniach brak jest np. umów personelu kluczowego. Podanie ogólnych dokumentów ma charakter abstrakcyjny i nie obala w żaden domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia Fpsystem nie spełniają tych przesłanek gdyż nie ma w nich meritum czyli wyliczeń, wartości, kosztów, cen. Pomimo, że załącznik „szczegółowa kalkulacja" podaje pewne ceny - nie jest wykazane skąd takie wartości, co się w nich zawiera, jaka jest koncepcja wyliczania np. rbh.

Nieuprawnione ponowne wezwanie do uzupełnienia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał Fpsystem do uzupełnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czym naruszył przepis art. 224 ust. 1 oraz art. 16 Pzp. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jasno podkreśla, że jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielił wyjaśnień ogólnych, nieprzekonujących, nie załączył dowodów, to oferta wykonawcy podlega bezwzględnemu odrzuceniu.

We wskazanym wezwaniu do uzupełnienia wyjaśnień Zamawiający sformułował kilka punktów, naprowadzając wprost Fpsystem na to, że powinien on podać: ceny, wpływ na obniżenie oferty czy kalkulacje cenowe. Takie informacje powinny znaleźć się w pierwszych wyjaśnieniach.

Dodatkowo, Odwołujący nie ma możliwości przeczytać uzupełnienia wyjaśnień w całości, gdyż większość informacji została uznana przez Zamawiającego za tajemnicę firmy. Takie działanie stanowi dobitną praktykę utrudnienia konkurencji ustosunkowania się do wskazanych podliczeń. Praktyka zastosowana przez Zamawiającego w tym postępowaniu stanowi jawne naruszenia zasad Pzp. Zdaniem Odwołującego, widać tutaj ogólną tendencję, że po bardzo lakonicznych sformułowaniach w pierwszych wyjaśnieniach Fpsystem,

Zamawiający „stara się ratować tego wykonawcę" poprzez wskazywanie mu drogi i podawanie wytycznych jak powinny wyglądać wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Taka praktyka jest niedopuszczalna.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo KIO, dodał, że przy tak lakonicznych wyjaśnieniach linia orzecznicza KIO nie dopuszcza ponownego wezwania. Kolejne wezwania przy tak ogólnych wyjaśnieniach skutkują naruszeniem przepisów ustawy. W innym wypadku Zamawiający mógłby wzywać wykonawcę „do skutku", tj. aż do momentu, gdy wyjaśnienia wykonawcy spełniałyby wszystkie wymagania, co jest niedopuszczalne.

Wykonawca F. P. prowadzący działalność gospodarcza pod firma Fpsystem F. P. z siedzibą w Wałczu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 13.09.2024 r.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania, gdyż oferta Przystępującego została wybrana zgodnie z przepisami ustawy, jest ofertą z ceną adekwatną do warunków rynkowych, dającą możliwość prawidłowego wykonania zamówienia oraz zapewnienie Przystępującemu godziwego zysku.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z oświadczeń i dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania oraz w dokumentacji postępowania w sprawie KIO 2783/24.

Przystępujący podniósł, że odwołanie oparte jest na wadliwym odczytaniu przepisów ustawy oraz w części na nieprawidłowym wskazaniu okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazał, że cena oferty Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie całości zamówienia kwotę 231 000 zł. Tymczasem cena oferty Odwołującego za 15 dostępów (zamówienie podstawowe) wynosi 319 554,00 zł, zaś cena z uwzględnieniem prawa opcji (za 20 dostępów) wynosi 426 072,00 zł. Przy tak dużej różnicy co najmniej wątpliwe jest, aby Odwołujący mógł uzyskać zamówienie w tym postępowaniu. Tym bardziej zatem prawdopodobne unieważnienie postępowania nie narazi Odwołującego na poniesienie szkody.

Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej plan zamówień publicznych, w którym wskazał, że orientacyjna wartość całości przedmiotu zamówienia (wszystkie 3 części) wynosi 350.000 zł. Tymczasem cena oferty Odwołującego za zamówienie podstawowe jest niewiele niższa od tej kwoty, zaś cena za całość oferty znacząco ją przewyższa.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zastrzeżenie i uzasadnienie tajemnicy nie nastąpiło za późno. Termin dokonywania zastrzeżeń wskazuje art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym, zastrzeżenie informacji następuje „wraz z przekazaniem takich informacji". Zatem,

Przystępujący dochował wymagania dotyczącego terminu zastrzeżenia. Żaden przepis ustawy nie nakazuje wykonawcy, aby składając zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące ceny swojej oferty podał szczegółowe wyliczenia arytmetyczne. Obowiązkiem wykonawcy jest podanie okoliczności uzasadniających cenę oferty, które zamawiający poddaje ocenie z uwzględnieniem okoliczności danego postępowania, w tym rodzaju przedmiotu zamówienia.

Przystępujący podkreślił, że dokonując zastrzeżenia odniósł się do wszystkich przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 1995 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykazał, że zastrzegane informacje:

1) stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

2) nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a także

3) podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Odwołujący nie wskazał, która z wymienionych przesłanek ustawowych dokonania zastrzeżenia nie została spełniona. Przystępujący załączył do uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

1) Zarządzenie o wdrożeniu instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami;

2) Instrukcja zarządzania systemami informatycznymi;

3) Oświadczenie pracownika o zachowaniu poufności;

4) Przykładowa Umowa o prowadzeniu negocjacji i o zachowaniu poufności

Przystępujący wskazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, zgodnie z ustawą. Odwołujący nie precyzuje, jakiego rodzaju szczegółów oczekuje w wyjaśnieniach.

Dokumenty zostały złożone w celu wykazania przez Przystępującego „działań podejmowanych w celu zachowania informacji w poufności", stanowią dokumenty wewnętrzne Przystępującego i jako takie zostały zastrzeżone. Nieuzasadnione byłoby zatem szerokie uzasadnianie tego, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego z co najmniej dwóch powodów. Nie stanowią one ani treści oferty, ani nie wchodzą w zakres dokumentów o charakterze przedmiotowym, bądź podmiotowym. Ich ewentualne ujawnienie nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania. Kontrola ich treści nie mieści się w granicach przyznanych wykonawcom składającym środki ochrony prawnej.

Przystępujący wskazał, że zastrzegając informacje, ograniczył się do niezbędnego zakresu, nie zastrzegł całości wyjaśnień. Zastrzegane informacje spełniają przesłanki zawarte w art. 11 ust. 2, zatem Przystępujący miał prawo do ich zastrzeżenia. Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 Pzp.

Nietrafne są również zarzuty dotyczące rażącego zaniżenia przez Przystępującego ceny oferty.

Zamawiający przewidział możliwość opcjonalnego zakupu dodatkowych 5 licencji, zatem ceny ofert złożonych w postępowaniu badane w odniesieniu do wartości przedmiotu zamówienia powinny uwzględniać prawo opcji.

Odwołujący, przy podawaniu cen złożonych ofert, wbrew definicji zawartej w art. 7 pkt 1 Pzp ,podał wyłącznie ceny ofert netto. Jest to działanie obliczone na wywołanie niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wrażenia rażącego zaniżenia przez Przystępującego ceny oferty. Umyślność takiego działania jest widoczna, gdyż są to wartości wyliczone przez Odwołującego (Zamawiający nie wymagał podania cen netto ofert), zaś ceny brutto ofert przedstawił Zamawiający. Nie musiały być przeliczane. Ceny ofert brutto wynosiły odpowiednio:

1) Tronus Polska Sp. z o.o. - 897 661,32 zł (z prawem opcji 1 196 881,77 zł);

2) Fpsystem F. P. -174 783,00 zł (z prawem opcji 209 783,00 zł)

3) MobileMS Sp. z o.o. - 319 554,00 zł (z prawem opcji 426 072,00 zł).

Odniesienie tych wartości do szacunków Zamawiającego prima facie wskazuje, że cena oferty Przystępującego nie jest ceną zaniżoną, w szczególności zaniżoną w sposób rażący. Istotne jest, że w ofercie Przystępujący podał również elementy składowe ceny oferty wymagane przez Zamawiającego: przedstawione są składowe wartości, które są stosunkowo łatwe do zweryfikowania Do tych składowych zalicza się (podane brutto):

a) 129 150 zł - wartość licencji na używanie systemu na 15-u stanowiskach,

b) 7 134 zł - szkolenie w siedzibie Zamawiającego,

c) 7 503 zł - Migracja danych z systemu Musnet,

d) 30 996 zł - wsparcie, aktualizacje, usuwanie awarii, usterek przez 3 lata (nie licząc prac zleconych dodatkowo)..

Dla zobrazowania specyfiki przedmiotu zamówienia Przystępujący zauważył, że: ad a) cena wynika z liczby stanowisk i ceny jednostkowej, która jest niemal stała. Można to potwierdzić w fakturach potwierdzających wykonanie zamówień referencyjnych. W cenie licencji zawiera się praca Przystępującego skumulowana z kilkunastu już lat wynikająca z pracy na rzecz ok. 150 muzeów i innych instytucji w Polsce. Nielogiczne jest zatem odnoszenie do ceny licencji kosztów jednostkowych pracy (projektanta, programisty, testera, czy wdrożeniowca). Odwołujący podnosi zarzut braku cen

jednostkowych pracy tak, jakby to była budowa i trzeba było podać ilości i ceny robocizny, materiałów i sprzętu. Cena licencji Przystępującego jest niższa niż Odwołującego, który realizował umowy na rzecz muzeów narodowych o znacznie większej wartości. Klienci Przystępującego, to często biedne placówki. Przystępujący staramy się utrzymywać w miarę zrównoważony poziom cen.

Systemy oferowane przez Przystępującego i Odwołującego są to dwa różne systemy, a przede wszystkim dwa odmienne sposoby postępowania na rynku. Odwołujący na swej stronie internetowej pisze o systemie przestarzałym, z którego prowadzi importy. A to nie jest prawda.

ad b) oczywiście, każdorazowo można ponosić wyższe koszty, wybierając droższe hotele, kierując do pracy więcej osób. Przystępujący uwzględnił status Zamawiającego. Patrząc od strony Muzeum, czy wyższy koszt nie jest w odniesieniu czysto ludzkim zbyt rażący?

ad c) Przystępujący wykonał wiele importów z systemu Musnet, gotowe są szablony i automaty. Także i ta cena jest wystarczająco wysoka jak na pracę jednego pracownika za max tydzień pracy.

ad d) jest to 861 zł (700 netto) za każdy miesiąc wsparcia, co średnio przełoży się na ok. 2 godziny pracy pracownika od wdrożeń i szkoleń (nie programisty), a zatem jest to stawka porównywalna ze stawkami specjalistów.

Na ziszczenie się przesłanki wskazanej w art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp wpłynęła cena oferty Tronus Polska Sp. z o.o., która jest ceną ewidentnie zawyżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Bardzo wysoka wartość oferty Tronus Polska Sp. z o.o. spowodowała, że cena oferta Przystępującego spełniła matematyczne kryterium różnicy 30%.

Wobec faktu, że cena oferty Przystępującego była o 30% niższa niż średnia złożonych ofert Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie ceny oferty. Zamawiający w wezwaniu ograniczył się do przywołania treści przepisów Pzp, zatem wezwanie to miało charakter ogólny. W odpowiedzi Przystępujący oprócz charakterystyki oferowanego systemu i jego wariantów wskazał czynniki uwzględnione przy obliczeniu ceny oferty: oferowanie systemu będącego gotowym produktem do wdrożenia oraz wykorzystanie technologii oraz procesów optymalizacyjnych pozwalających na obniżenie kosztów wdrożenia i utrzymania systemu, a także na dodatkowe czynniki:

1) zakup systemu zawierającego skromniejszy zestaw funkcjonalności niż nominalnie zawiera system Muzeo, co spowodowało pomniejszenie ceny w stosunku do oferty zawierającej komplet funkcjonalności;

2) brak konieczności wykonania dodatkowych modułów dopasowujących system do potrzeb Zamawiającego, a jedynie kilku uzupełnień, które zostały wycenione;

3) wieloletnie doświadczenie zespołu w prowadzeniu migracji danych zwłaszcza z systemów Musnet i Mona oraz innych plików, brak dużego nakładu prac w tym zakresie. Wykorzystanie gotowych szablonów, które stworzono ze względu na wielokrotnie prowadzone migracje;

4) posiadanie w ofercie kilka systemów dedykowanych instytucjom kultury, przygotowanych w kilku wariantach. Ich struktura pozwala na łatwe implementowanie wybranych modułów dodatkowych, tak by ostateczna wersja zawierała funkcjonalności potrzebne konkretnej instytucji zamawiającej;

5) oferowanie systemu, który jest w pełni gotowy do wdrożenia i został już wdrożony 150krotnie oraz rozpoczęcie kilka kolejnych wdrożeń. Przekonanie, że proponowanie wyższej ceny byłoby nieuczciwe, zwłaszcza w stosunku do instytucji, której główną misją nie jest działalność dochodowa, lecz promowanie i udostępnianie polskiego dziedzictwa kulturowego;

6) stosowanie i zarządzanie projektami oparte na metodyce Scrum, dzięki osiągnięto wysoki poziom efektywność prac zespołu;

7) wieloletnie (ponad 15 lat) doświadczenie pozwalające nam na efektywne zarządzanie pracami i projektami oraz minimalizowanie nieprzewidzianych kosztów;

8) położenie siedziby firmy poza dużą aglomeracją miejską, co korzystnie wpływa na niższy poziom kosztów i przekłada się na możliwość stosowania rozsądnej ceny za nasz system.

Zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia, które wskazywały charakterystyczne dla Przystępującego, szczególnie korzystne warunki wykonania zamówienia. Następnie wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że oświadczenia i dokumenty złożone przez Przystępującego w toku postępowania potwierdzają rynkowy charakter ceny jego oferty oraz wiarygodność złożonych wyjaśnień.

W pierwszym odwołaniu wniesionym wobec wyboru oferty Przystępującego 5 sierpnia 2024 r. Odwołujący nie zakwestionował ceny oferty przystępującego. Nie podał żadnych argumentów wskazujących, że jest to cena nierynkowa, nierealistyczna, ustalona poniżej kosztów, nie dająca rękojmi wykonania zamówienia z należytą starannością. Odwołujący podniósł wyłącznie brak matematycznych obliczeń dotyczących ceny oferty oraz kosztów.

Zamawiający zdecydował się jednak na uzyskanie dodatkowych wyjaśnień. W ocenie Przystępującego, takie działanie jest uprawnieniem Zamawiającego wynikającym z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec ogólności wezwania i rzetelnej odpowiedzi Przystępującego, który nie był wzywany do podawania szczegółowych

kosztów, Zamawiający był uprawniony do uzyskania dodatkowych informacji, w granicach wyznaczonych wcześniejszymi wyjaśnieniami. Jak stwierdziła Izba w wyroku KIO 806/21: "ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny." W piśmie z 23 sierpnia 2024 r. zwrócił się do Przystępującego o doprecyzowanie wybranych elementów wcześniejszych wyjaśnień, co Przystępujący uczynił w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

Wycenę poszczególnych elementów oferty Przystępujący podał w ofercie. Zamawiający nie wymagał odrębnej wyceny i podania szczegółowych kosztów ani w formularzu ofertowym, ani na etapie wyjaśnień ceny, gdyż znalazłoby to wyraz w treści wezwania. Wyjaśnienia Przystępującego odpowiadają zakładanemu poziomowi szczegółowości i są wystarczająco konkretne i szczegółowe. Nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny

literalnie się do nich nie odnosząc, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany (por. wyrok z dnia 28 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 421/24).

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przepisów ustawy w sposób ogólny, oderwany od okoliczności postępowania. Nie podważa, ani ceny oferty Przystępującego, ani jej jawnie podanych poszczególnych elementów.

Zamawiający przeprowadził badanie oferty Przystępującego wyjątkowo starannie. Powołane okoliczności faktyczne: specyfika przedmiotu zamówienia, adekwatność ceny oferty Przystępującego w stosunku do szacunków Zamawiającego oraz rażąco zawyżona cena oferty Tronus Polska Sp. z o.o. nie uzasadniały powstania domniemania rażącego zaniżenia ceny oferty przez Przystępującego. Zamawiający był uprawniony do odstąpienia od żądania wyjaśnień ceny oferty Przystępującego zgodnie z art. 224 ust. 1 pkt 1) in fine Pzp, gdyż rozbieżność cen wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, jednak działając rzetelnie zbadał cenę oferty Przystępującego.

Przystępujący złożył wyjaśnienia adekwatne do wezwania, wskazujące na założenia przyjęte przy ustalaniu ceny oferty oraz czynniki charakterystyczne dla Przystępującego. Potwierdzeniem rzetelnego obliczenia ceny oferty są dokumenty złożone Zamawiającemu wskazujące na rzetelność Przystępującego.

Przystępujący oświadczył, że działa zgodnie z zasadami uczciwego podejścia do statusu Zamawiającego, zaś Odwołujący nie kwestionuje możliwości wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie ani jej poszczególnych elementów.

Zamawiający, pismem z dnia 16 września 2024 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego – w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika – według stosownych przepisów; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów – umów dotacyjnych zawartych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia:

1) umowa dofinansowania z dnia 07.05.2024r. MNZP a Skarbem Państwa – Ministrem Kultury i Dziedzictwa Narodowego;

2) umowa dotacyjna z dnia 22.05.2024r.zawarta pomiędzy MNZP a Województwem Podkarpackim;

na udowodnienie faktu braku możliwości zwiększenia środków finansowych przez Zamawiającego na realizację zadania w cenie oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że działał w przedmiotowym postępowaniu prawidłowo – w granicach i na podstawie przepisów ustawy Pzp, a stanowisko Odwołującego oparte jest na

błędnej interpretacji przepisów oraz na nieprawidłowym wskazaniu okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Oferta Fpsystem opiewa na kwotę 174.783,00 PLN (bez prawa opcji) – a nie jak błędnie informuje Odwołujący na kwotę 142.100,00 PLN. Na marginesie – wszystkie podane przez Odwołującego w złożonym odwołaniu z dnia 02,09,2024 r. ceny brutto złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert są nieprawdziwe. Zdaniem Zamawiającego, celem obu odwołań wniesionych w tym postępowaniu przez Odwołującego nie jest uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu i zawarcie umowy – bo jest to z przyczyn obiektywnych niemożliwe (brak środków finansowych po stronie Zamawiającego), ale unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Wówczas Odwołujący, znając kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, będzie mógł złożyć ofertę mieszczącą się w budżecie Zamawiającego.

Oferta Przystępującego Fpsystem została wybrana zgodnie z przepisami ustawy, jest ofertą z ceną adekwatną do warunków rynkowych, dającą możliwość prawidłowego wykonania zamówienia oraz zapewnienie Przystępującemu Fpsystem godziwego zysku.

Zamawiający wyjaśnił, że wyceniając koszt zakupu nowego oprogramowania do Inwentaryzacji zbiorów muzealnych zwrócił się z zapytaniem do przedstawicieli 3 firm dostarczających oprogramowanie do obsługi Muzeów. Ceny jakie otrzymał, to: 1) 69 839 zł brutto 2) 230 871 zł brutto 3) 120 540 zł brutto

Z uwagi na duży rozstrzał cenowy, jako szacunkową wartość zamówienia w części I (tego dotyczy odwołanie i przedmiotowe postępowanie) postanowiono przyjąć największą z powyższych z uwagi na to, że kwota ta musiała znaleźć się we wniosku o dofinansowanie do Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz do Województwa Podkarpackiego – które to instytucje miały w całości finansować przedmiotowe postepowanie (wszystkie trzy części) i nie było możliwości ewentualnego późniejszego zwiększenia tej kwoty.

W przedmiotowym postępowaniu cena zaproponowana przez Fpsystem (174.783,00 PLN za 15 licencji a wraz z prawem opcji 209.783,00 PLN – za 20 licencji) w najgłębszym przekonaniu Zamawiającego jest ceną realną. Przy szacowaniu budżetu na to zamówienie podano ceny dużo niższe niż oferta Fpsystem, co oznacza, że oferta Fpsystem zapewnia możliwość rzetelnego wykonania usługi wdrożenia nowego oprogramowania do inwentaryzacji zbiorów muzealnych z uwzględnieniem zysku wykonawcy. Cena oferty Fpsystem - jako cena realna i rynkowa – znajduje potwierdzenie także w umowach i fakturach, jakie Fpsystem przedłożył w postępowaniu jako podmiotowe środki dowodowe. Środki jakie zamawiający mógł na to zamówienie przeznaczyć (wraz z prawem opcji) to kwota 231.000,00 PLN.

Jedynym powodem dla którego Zamawiający obowiązany był przystąpić do badania rażąco niskiej ceny Fpsystem jest całkowicie abstrakcyjna oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu przetargowym przez firmę Tronus Polska (cena oferty to 897.661,32 PLN za 15 licencji a wraz z prawem opcji – 1.196.881,80 PLN za 20 licencji). Zamawiający wskazał, że oferta Fpsystem nie odbiegała od szacunku zamawiającego na tyle, aby uzasadnione było jej badanie (oferta Fpsystem wraz z prawem opcji była niższa od szacunku zamawiającego jedynie o 9,18%) – co także potwierdza jej realność. To trzecia oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu przez Tronus Polska była ofertą rażąco wysoką. Oferta Fbsystem odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich ofert w części I o ponad 30% zatem Zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnień.

Zamawiający wskazał, że programy komputerowe są odmiennym przedmiotem zamówienia niż roboty budowlane i dostawy. Programu komputerowego nie można porównać do innego podobnego produktu w oparciu o cechy jakimi porównuje się np. realizacje danych robót budowlanych. Brak tu jest możliwości precyzyjnego oszacowana np. kosztów materiałowych, zwłaszcza w sytuacji,– tak jak jest to w przypadku Przystępującego – gdy przedmiotem oferty jest gotowy produkt, wielokrotnie wdrożony i sprawdzony w użytkowaniu – firmy niejako zasadniczo sprzedają „dostęp" do tegoż produktu – nie tworzą go od nowa. Ten aspekt jest fundamentalny przy analizie legalności i staranności w działaniach Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, iż pomimo, że Zamawiającemu jest znana aktualna linia orzecznicza KIO, że przekroczenie budżetu Zamawiającego przez ofertę Odwołującego nie jest podstawą do odrzucenia odwołania – to Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie uzyska zamówienia z powodu braku środków finansowych po stronie Zamawiającego w wysokości wskazanej w ofercie Odwołującego. Odwołujący nie poniósł i nie mógł ponieść jakiejkolwiek szkody albowiem zamówienia i tak by nie uzyskał. W dniu 21 czerwca 2024r. roku Zamawiający przy czynności otwarcia ofert poinformował wykonawców, że w zakresie części I przedmiotowego zamówienia (czego dotyczy odwołanie), zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 231.000,00 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę na kwotę 319.554,00 PLN – a z prawem opcji kwota ta wynosi 426 072,00 PLN, tj. o 195.072,00 PLN więcej niż stanowi budżet Zamawiającego. Zamawiający nie ma i nie będzie miał jakichkolwiek środków finansowych ponad w/w kwotę 231.000,00 PLN. Środki przeznaczone przez Zamawiającego na wszystkie trzy części postępowania w łącznej wysokości 443.000,00 PLN zostały pozyskane z dwóch instytucji:

- Skarbu Państwa – Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego – 29,35% – umowa dofinansowania z dnia 07.05.2024r.

- Województwa Podkarpackiego – pozostała część – umowa dotacyjna z dnia 22.05.2024r. Zostały one w ramach trzech części postępowania podzielone następująco:

Część I ZAKUP WRAZ Z WDROŻENIEM KOMPUTEROWEGO SYSTEMU DO EWIDENCJI I ZARZĄDZANIA MUZEALIAMI Kwota 231.000,00 zł.

Część II ZAKUP WRAZ Z DOSTAWĄ SPRZĘTU IT Kwota 114.500,00 zł.

Część III ZAKUP WRAZ Z MONTAŻEM SPRZĘTU DO WYPOSAŻENIA SALI AUDIOWIZUALNEJ Kwota 97.500,00zł.

Fpsystem na wezwanie Zamawiającego z 15 lipca 2024 r. udzielił szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia te odpowiadają dyspozycji art. 224 Pzp. Wyjaśnienia uwzględniają specyfikę przedmiotu zamówienia i w sposób merytoryczny, wiarygodny i logiczny wskazują i udowadniają, że zaoferowana cena jest ceną rynkową.

Zamawiający wskazał, że zasadniczą ideą wprowadzenia w życie ustawy Pzp było takie sformalizowanie procesu zakupowego – aby zgodnie z reżimem ustawy publiczni zamawiający wybierali oferty najtańsze a jednocześnie spełniające wymagania – taką jest oferta Fpsystem. Zamawiający pozytywnie ocenił wyjaśnienia Fpsystem w tym zakresie a następnie wezwał wykonawców do złożenia podmiotowych środków dowodowych – w zakresie wymaganego doświadczenia.

W pierwszym odwołaniu wniesionym wobec wyboru oferty Przystępującego 5 sierpnia 2024 r. Odwołujący nie zakwestionował ceny oferty Przystępującego. Nie podał żadnych argumentów wskazujących, że jest to cena nierynkowa, nierealna, ustalona poniżej kosztów, nie dająca rękojmi wykonania zamówienia z należytą starannością. Odwołujący podniósł wyłącznie brak matematycznych obliczeń dotyczących ceny oferty oraz kosztów.

Pomimo tego, że wyjaśnienia Przystępującego były wiarygodne i Zamawiający pozytywnie je ocenił – Zamawiający postanowił z daleko posuniętej ostrożności i w poszanowaniu legalizmu postępowania uzyskać od Fpsystem dodatkowe wyjaśnienia – w ramach poprzednio złożonych. Takie działanie Zamawiającego jest legalne i jest jego uprawnieniem wynikającym z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec ogólności wezwania i rzetelnej odpowiedzi Przystępującego, który nie był wzywany do podawania szczegółowych kosztów, Zamawiający był uprawniony do uzyskania dodatkowych informacji w granicach wyznaczonych wcześniejszymi wyjaśnieniami.

Przystępujący złożył wyjaśnienia adekwatne do wezwania, wskazujące na założenia przyjęte przy ustalaniu ceny oferty oraz czynniki charakterystyczne dla Przystępującego. Potwierdzeniem rzetelnego obliczenia ceny oferty są dokumenty złożone Zamawiającemu wskazujące na rzetelność oferty Przystępującego.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie kwestionuje możliwości wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Przystępującego ani jej poszczególnych elementów. Odwołujący poza ogólnym kwestionowaniem wyboru oferty Fpsystem - nie podważa ani ceny oferty Przystępującego, ani jej jawnie podanych poszczególnych elementów – Odwołujący

podnosi jedynie ogólnie zarzut naruszenia przepisów ustawy – co nie jest wystarczającym uzasadnieniem merytorycznym i prawnym odwołania. Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który udowodni ich słuszność w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zastrzeżenie i uzasadnienie tajemnicy nie nastąpiło za późno. Termin dokonywania zastrzeżeń wskazuje art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zastrzeżenie informacji następuje „wraz z przekazaniem takich informacji". Zatem Przystępujący dochował wymagania dotyczącego terminu zastrzeżenia. Przystępujący dokonując zastrzeżenia odniósł się do wszystkich przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 1995 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykazał, że zastrzegane informacje:

1) stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

2) nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Dokumenty, do których odniesiono się w niniejszym piśmie, znajdują się w aktach sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca F. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Fpsystem Fr. P. z siedzibą w Wałczu, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Przedmiotem zamówienia jest zakup sprzętu komputerowego, programu do inwentaryzacji oraz wyposażenia sali audiowizualnej dla MNZP w Przemyślu. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na 3 części:

Część I ZAKUP WRAZ Z WDROŻENIEM KOMPUTEROWEGO SYSTEMU DO EWIDENCJI I ZARZĄDZANIA MUZEALIAMI (kwota 231.000,00 zł).

Część II ZAKUP WRAZ Z DOSTAWĄ SPRZĘTU IT (kwota 114.500,00 zł).

Część III ZAKUP WRAZ Z MONTAŻEM SPRZĘTU DO WYPOSAŻENIA SALI AUDIOWIZUALNEJ (kwota 97.500,00zł).

W odniesieniu do części I zamówienia:

„1) W ramach zamówienia podstawowego:

a) Przedmiotem zamówienia jest zakup licencji bezterminowych na 15 użytkowników Komputerowego systemu do ewidencji i zarządzania muzealiami w tym:

- instalacji systemu komputerowego będącego przedmiotem umowy na serwerze Zamawiającego, wprowadzenia danych początkowych, w tym użytkowników i podstawowych grup uprawnień, ksiąg i innych rejestrów oraz numeracji i symboliki dokumentów, a także wskazanych słowników podstawowych oraz wsparcia serwisowego z baz zamawiającego do nowego systemu (migracja danych) oraz Połączenie systemu z

użytkowanym systemem cms wordpress pracującym w domenie na serwerze hostingowym zamawiającego. - przeszkolenia użytkowników i administratorów systemu oraz przeprowadzenia wdrożenia przy stanowiskach pracy, wykonanych w siedzibie zamawiającego.,

- wsparcie serwisowe i aktualizacja systemu przez okres 36 miesięcy.

2) Zamówienie w ramach opcji:

a) Przedmiotem zamówienia jest zakup licencji bezterminowych na 5 użytkowników Komputerowego systemu do ewidencji i zarządzania muzealiami.

3) Prawo opcji:

a) Zamawiający przewiduje dostawy w ramach zamówienia podstawowego oraz zamówienia w ramach opcji, zgodnie z art. 441 ust. 1 Ustawy.

b) Skorzystanie przez Zamawiającego z opcji będzie miało zastosowanie w ramach zawartej umowy według cen określonych w ofercie – zamówienie w ramach opcji.

c) Opcja w niniejszym postępowaniu polega na możliwości zamówienia dodatkowych licencji oprogramowania oprócz zakresu podstawowego, określonego w ofertowanym – zamówieniu podstawowym.

d) Zamawiający zastrzega, iż część zamówienia określona jako „opcja" jest uprawnieniem, a nie zobowiązaniem Zamawiającego. Ostateczna decyzja o realizacji zakresu w ramach opcji będzie uzależniona od posiadanych przez niego na ten cel środków finansowych. Zamawiający może nie skorzystać z opcji, a Wykonawcy nie przysługują z tego tytułu żadne roszczenia wobec Zamawiającego.

e) O zamiarze skorzystania z opcji, jego zakresie i terminach realizacji opcji Zamawiający powiadomi pisemnie Wykonawcę. Skorzystanie z opcji nie wymaga aneksowania umowy.

f) Dostawy realizowane w ramach opcji muszą spełniać wszystkie wymogi jak dla zamówienia podstawowego.

4) Szczegółowy zakres dostawy, opis parametrów oraz wymagania Zamawiającego zawiera opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik Nr 1a do SWZ.".

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Oferta Fpsystem opiewa na kwotę 174.783,00 PLN za 15 licencji a wraz z prawem opcji 209.783,00 PLN – za 20 licencji), oferta złożona przez wykonawcę Tronus Polska opiewa na kwotę 897.661,32 PLN za 15 licencji a wraz z prawem opcji – 1.196.881,80 PLN za 20 licencji, natomiast Odwołujący zaoferował cenę 319.554,00 PLN – a z prawem opcji kwota ta wynosi 426 072,00 PLN.

Zamawiający przy czynności otwarcia ofert poinformował wykonawców, że w zakresie części I przedmiotowego zamówienia (której dotyczy odwołanie), zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 231.000,00 zł brutto.

Zamawiający w dniu 11 lipca 2024 r. zwrócił się do wykonawcy Fpsystem z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty. Wezwanie zostało skierowane na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 224 ust. 3 Pzp. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że „zwraca się o wyjaśnienie ceny złożonej oferty (dot. części nr I):

– w związku z tym, że jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wyjaśnienia o których mowa powyżej mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wykonawca Fpsystem dnia 15 lipca 2024 r. złożył wyjaśnienia, w których przedstawił w sposób opisowy czynniki, które mają wpływ na poziom skalkulowanej w ofercie ceny. Wykonawca nie przedstawił w ramach wyjaśnień szczegółowej kalkulacji ceny oferty.

W dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Fpsystem. jako najkorzystniejszej.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt. KIO: 2783/24), skarżąc lakoniczność wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę Fpsystem. Po wniesieniu odwołania Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Fpsystem jako najkorzystniejszej oraz w dniu 23.08.2024 r. wezwał wykonawcę Fpsystem do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty tego wykonawcy.

Zamawiający wskazał w wezwaniu z dnia 23.08.2024 r.:

„Odnosząc się do wyjaśnień z 15 lipca 2024 r. prosimy o następujące informacje:

Ad. 1) podanie wartości, a jeśli jest to niemożliwe o podanie przedziału wartości obniżenia ceny systemu z powodu zamawiania skromniejszego zestawu funkcjonalności niż zawiera system Muzeo;

Ad. 2) czy wykonanie przez Pana uzupełnień systemu dopasowującego go do potrzeb Zamawiającego miało wpływ na cenę oferty, a jeśli tak, to jaki? W wyjaśnieniach wskazał Pan na wycenę tych uzupełnień, jednak łącznie z informację, że nie ma konieczności wykonania dodatkowych modułów;

Ad. 3) czy wobec korzystania z gotowych szablonów, które w Pana firmie stworzono ze względu na wielokrotnie prowadzone migracje oraz znaczącego doświadczenia zespołu w prowadzeniu migracji danych zwłaszcza z systemów Musnet i Mona oraz innych plików, nakład pracy w tym zakresie spowodował dodatkowe koszty pracownicze w tym zakresie?;

Ad. 6) prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób zarządzanie projektami w oparciu o metodykę Scrum, wpływa na cenę Pana oferty;

Ad. 8).prosimy wskazanie, wpływu na cenę oferty faktu, że firma ma swą siedzibę poza dużą aglomeracją miejską?”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Fpsystem złożył dodatkowe wyjaśnienia pismem z dnia 27.08.2024 r. Wyjaśnienia zawierają odniesienie się do elementów wskazanych przez Zamawiającego w treści wezwania. Jednocześnie wykonawca Fpsystem zastrzegł wyjaśnienia w części obejmującej informacje dotyczące wyliczenie kosztów, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca Fpsystem załączył do tego dokumentu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z dowodami na okoliczność, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności powyższych informacji.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji wskazanych w uzupełniających wyjaśnieniach, zastrzeżonych przez wykonawcę Fpsystem jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy zastrzeżenie i uzasadnienie tajemnicy nastąpiło za późno – ceny i detale powinny być podane w pierwszych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i w tym terminie zastrzeżone, informacje nie mają charakteru poufnego (brak spełnienia przesłanek), zastrzeżenie nie uzasadnia poufności informacji (ogólny charakter), gdyż nie odnosi się do konkretnych informacji,

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zastrzeżenie i uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do części informacji zawartych w wyjaśnieniach dodatkowych nie nastąpiło za późno. Prawidłowy termin dokonywania przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest określony w art. 18 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zastrzeżenie informacji następuje „wraz z przekazaniem takich informacji”. Zatem, Przystępujący dochował wymagania dotyczącego terminu zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 27.08.2024 r., jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zastrzegł określone informacje zawarte w wyjaśnieniach jednocześnie wraz ze złożeniem przedmiotowych wyjaśnień.

Przystępujący, dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odniósł się do wszystkich przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 1995 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wykazał, że zastrzegane informacje:

1) stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

2) nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Uzasadnienie zastrzeżenia odnosi się rzeczowo i konkretnie do wszystkich powyższych przesłanek. Okoliczność, że Odwołujący oczekuje przedstawienia tego uzasadnienia w inny sposób niż uczynił to wykonawca Fpsystem nie wpływa na skuteczność zastrzeżenia, gdyż wykonawcy mają swobodę w formułowaniu informacji przekazywanych Zamawiającemu w powyższym zakresie. Przepisy ustawy Pzp nie narzucają wykonawcy sposobu ani formy złożenia

takiego zastrzeżenia.

Izba zważyła także, że Odwołujący nie wskazał w ramach niniejszego zarzutu, która z przesłanek ustawowych skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie została spełniona. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego w zakresie informacji

„CENY i detale" odpowiadają rodzajowi zastrzeganych informacji, dotyczą przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk. Ponadto, Przystępujący załączył do uzasadnienia dowody w postaci:

1) Zarządzenia o wdrożeniu instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami;

2) Instrukcji zarządzania systemami informatycznymi;

3) Oświadczenia pracownika o zachowaniu poufności;

4) Przykładowej Umowy o prowadzeniu negocjacji i o zachowaniu poufności.

na okoliczność podjęcia przez Przystępującego „działań podejmowanych w celu zachowania informacji w poufności".

Wskazać należy dodatkowo, że Przystępujący, zastrzegając informacje, ograniczył się do niezbędnego zakresu informacji, nie zastrzegł całości wyjaśnień, a jedynie dane szczegółowe odnoszące się do kalkulacji ceny. Powyższe informacje spełniają przesłanki zawarte w art. 11 ust. 2, zatem Przystępujący mógł dokonać ich zastrzeżenia, co uczynił skutecznie w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, oceniając skuteczność tego zastrzeżenia, w ocenie Izby, nie dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 Pzp.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 224 ust. 1, ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez nieuprawnione, ponowne wezwanie dnia 23 sierpnia 2024 r. wykonawcy Fpsystem do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wraz z przedstawieniem wymaganych dowodów na okoliczność rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do doprecyzowania wybranych elementów wcześniejszych wyjaśnień złożonych w przedmiocie rażąco niskiej ceny, które Przystępujący złożył na wezwanie z dnia 11 lipca 2024 r.

Podkreślić należy w tym miejscu, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty składane są na wezwanie zamawiającego. Zamawiający formułują wezwanie do wyjaśnień w różny sposób, w zależności od stosowanej praktyki oraz w zależności od aspektów związanych ze specyfiką przedmiotu zamówienia. Wezwania mają często charakter ogólny, wskazując na treść przepisu stanowiącego podstawę prawną wezwania lub też mają charakter szczegółowy, jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości co do pewnych konkretnych elementów lub określonego zakresu oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinna być zawsze oceniana w kontekście treści wezwania do wyjaśnień.

W niniejszej sprawie wezwanie z dnia 11.07.2024 r. zawierało wskazanie przez Zamawiającego elementów, których mogą dotyczyć wyjaśnienia. Poprzez to wskazanie Zamawiający nakierował wykonawcę na określony zakres oraz opisowy sposób złożenia wyjaśnień. Takie też wyjaśnienia zostały złożone przez wykonawcę Fpsystem. Zamawiający

nie zawarł w treści wezwania choćby całej treści przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1, zgodnie z którym „W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;" ani treści art. 224 ust. 1, do którego odwołuje się ten przepis, tj. „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych"..

W świetle treści wezwania z dnia 11.07.2024 r., złożone przez wykonawcę Fpsystem wyjaśnienia z dnia 15.07.2024 r. należy ocenić jako adekwatne do wezwana. Co istotne, nie można wykonawcy obciążać negatywnymi konsekwencjami błędów popełnianych przez zamawiających przy formułowaniu wezwania do wyjaśnień. Wobec ogólności wezwania i rzeczowej odpowiedzi wykonawcy Fpsystem, który nie był wzywany do podawania szczegółowych kosztów, Zamawiający był uprawniony do uzyskania dodatkowych informacji, w granicach wyznaczonych wcześniejszymi wyjaśnieniami.

W związku z powyższym za słuszną należy uznać decyzję Zamawiającego o ponownym skierowaniu do wykonawcy Fpsystem wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie elementów, które zostały przedstawione przez wykonawcę w pierwszych wyjaśnieniach. Przystępujący złożył dodatkowe wyjaśnienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, odniósł się do wszystkich wątpliwości Zamawiającego i przedstawił szczegółowe dane dotyczące ponoszonych kosztów. Łącznie złożone przez wykonawcę Fpsystem wyjaśnienia należy uznać za prawidłowe uzasadnienie zaoferowanej ceny.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 224 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Fpsystem wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy wyjaśnienia te w żaden sposób nie obalają domniemana z art. 224 Pzp. Złożone przez wykonawcę Fpsystem wyjaśnienia nie są ogólnikowe, odnoszą się do wyliczenia konkretnych kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazujące na założenia przyjęte przy ustalaniu ceny oferty oraz czynniki charakterystyczne dla tego wykonawcy. Na podstawie przedstawionych w wyjaśnieniach danych Zamawiający mógł ocenić, że cena ww. oferty nie jest rażąco niska.

Izba wskazuje dodatkowo, że w niniejszej sprawie okolicznością istotną dla rozstrzygnięcia zarzutów, jest fakt, że w ofercie wykonawca Fpsystem podał elementy składowe ceny oferty wymagane przez Zamawiającego: w formularzu ofertowym przedstawione zostały składowe wartości, które są możliwe do zweryfikowania przez wykonawców, w tym Odwołującego. Do tych składowych zalicza się (podane brutto): a) 129 150 zł - wartość licencji na używanie systemu na 15-u stanowiskach;

b) 7 134 zł - szkolenie w siedzibie Zamawiającego;

c) 7 503 zł - Migracja danych z systemu Musnet;

d) 30 996 zł - wsparcie, aktualizacje, usuwanie awarii, usterek przez 3 lata (nie licząc prac zleconych dodatkowo).

Zatem, powyższa wycena poszczególnych podstawowych elementów oferty wykonawca Fpsystem przedstawił w złożonej ofercie. Odwołujący tymczasem w żaden sposób nie odniósł się do powyższej wyceny i jej nie zakwestionował. Podnosił zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp w sposób ogólny, nie podważając ani wysokości ceny oferty Przystępującego w kontekście jej rynkowego charakteru, ani w kontekście jawnie podanych poszczególnych elementów składowych ceny oferty. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że podnoszone zarzuty mają rzeczywiste uzasadnienie.

Reasumując powyższe, Izba nie stwierdziła w konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 239 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez wybór oferty Fpsystem jako najkorzystniejszej, w części I zamówienia.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ……