

Sygn. akt: KIO 3108/23

Wyrok

z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2023 r. przez wykonawcę **CreativeHarder Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum: Fabryka Komunikacji Społecznej P.P. I.S. s.c., Euvic Media sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego** oraz przy udziale wykonawcy **Grupa Artemis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CreativeHarder Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3108/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH — Państwowy Instytut Badawczy ul. Chocimska 24 00-791 Warszawa prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Kampania „Promocja szczepień, utrzymanie funkcjonalności portalu informacyjnego dotyczącego szczepień działania promocyjne i popularyzacyjne dotyczące szczepień ochronnych” w ramach Narodowego Programu Zdrowia na lata 2021-2025” Nr postępowania: O.OZP.260.147.6.2023 Nr ogłoszenia: 2023/S 155-495061

Odwołujący: CreativeHarder sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł dnia 20 października 2023 r. odwołanie wobec:

(i) zaniechania przez Zamawiającego) czynności odrzucenia oferty złożonej przez Grupa Artemis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie mimo, że Oferta Artemis jest niezgodna z przepisami PZP i zawiera rażąco niską cenę, a zrealizowanie przedmiotu zamówienia w ramach ceny zawartej w Ofercie Artemis w sposób profesjonalny i należyty jest niewykonalne,

(ii) podjęcia przez Zamawiającego niezgodnej z przepisami prawa czynności wyboru Oferty Artemis jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, oraz

(iii) zaniechania odtajnienia wyjaśnień Artemis w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w Ofercie Artemis.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 3) i 8) oraz art. 224 ust. 1 — 3, art. 224 ust. 5, art. 16 pkt 1), 2) i 3) i art. 17 ust. 2 PZP przez zaniechanie odrzucenia Oferty Artemis mimo, że: cena wskazana w Ofercie Artemis jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest bowiem (i) niższa o 78,35% od całkowitej wartości zamówienia (za zamówienie podstawowe/ gwarantowane oraz zamówienie opcjonalne), oraz (ii) niższa o 97,77% od wartości zamówienia opcjonalnego, a tym samym budzi uzasadnione i istotne wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, wykluczając możliwość wykonania go w sposób profesjonalny i należyty.

Cena zawarta w Ofercie Artemis wyraźnie odbiega od cen obowiązujących na rynku i nie jest możliwe wykonanie realizacji przedmiotu zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku i utrzymania rentowności Artemis, co z kolei budzi

istotne wątpliwości w zakresie zachowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji przy wyborze oferty— Zamawiający współpracował bowiem z Artemis przed ogłoszeniem postępowania w ramach już zakończonego projektu pod tożsamym tytułem „Promocja szczepień, utrzymanie funkcjonalności portalu informacyjnego dotyczącego szczepień — działania promocyjne i popularyzacyjne dotyczące szczepień ochronnych” w ramach Narodowego Programu Zdrowia na lata 2021-2025” dotyczącego „Przygotowania założeń i przeprowadzenia Kampanii społecznej na temat szczepień ochronnych obowiązkowych i zalecanych z Programu Szczepień Ochronnych (dalej PSO) ze szczególnym uwzględnieniem szczepień przeciw HPV (wirus brodawczaka ludzkiego) wśród rodziców oraz nastolatków (dalej Kampania) oraz utrzymaniu działalności, modernizacji i promocji. Informacja o realizacji przez Artemis projektu „Promocja szczepień, utrzymanie funkcjonalności portalu informacyjnego dotyczącego szczepień — działania promocyjne i popularyzacyjne dotyczące szczepień ochronnych” dostępna jest na oficjalnej stronie internetowej Artemis, pod adresem: portalu Szczepienia.info (<https://szczepienia.pzh.gov.pl>), w tym modernizacji istniejących i wdrożeniu nowych funkcjonalności portalu oraz publikowaniu nowych treści merytorycznych promujących szczepienia w mediach społecznościowych”

2.art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UZNK) w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 PZP przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Artemis w zakresie rażąco niskiej ceny mimo, że informacje zawarte w treści wyjaśnień nie mogą stanowić w całości tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są jednorazowe z uwagi na możliwość wykorzystania ich wyłącznie w Postępowaniu,

3.art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 PZP przez wybór oferty Artemis mimo, że cena w ofercie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego — które to działanie skutkowało udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami i stanowi o naruszeniu zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasad przejrzystości i proporcjonalności.

Mając na uwadze powyższe, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru Oferty Artemis jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, odrzucenia Oferty Artemis,

2. unieważnienie umowy na przedmiot zamówienia zawartej przez zamawiającego z przystępującym dnia 30 października 2023 r.,

Zamawiający dokonał wyboru Oferty Artemis jako oferty najkorzystniejszej, przyznając Ofercie 100 punktów. Zaproponowana przez Artemis cena została ukształtowana w następujący sposób: za zamówienie podstawowe/gwarantowane — 463.350 zł netto (569.920,50 zł brutto).

cena za zamówienie opcjonalne — w łącznej wysokości 18.000 zł netto (22.140 zł brutto), przy miesięcznym koszcie świadczenia dodatkowych usług wsparcia w ramach prawa opcji w wysokości 3000 zł netto (3.690 zł brutto).

Całkowita cena zawarta w Ofercie Artemis (cena za zamówienie podstawowe/gwarantowane oraz zamówienie opcjonalne) wyniosła 481.350,00 zł netto (592.060,50 zł brutto).

Kolejną, po Ofercie Artemis, najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego.

Zawarta w Ofercie Artemis cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania.

Cena w sposób wyraźny i oczywisty odbiega od cen na rynku, ale także nie pozwala na utrzymanie rentowności, nie wspominając o osiągnięciu jakiegokolwiek zysku.

Zamawiający wezwał Artemis do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie. Wskazał, zgodnie z treścią ogłoszenia w BZP, że całkowita wartość szacunkowa zamówienia wynosi 2.734.523,71 zł brutto (2.223.190,00 zł netto) (łączna cena, tj. cena za zamówienie podstawowe/ gwarantowane oraz za zamówienie opcjonalne).

Zamawiający wskazał, że: łączna cena Oferty Artemis (za zamówienie podstawowe/ gwarantowane oraz zamówienie opcjonalne) jest:

a) niższa o 78,35% od wartości zamówienia, tj. stanowi 21,65%

b) niższa o 67,42% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, tj. stanowi 32,58%,

cena Oferty Artemis w zakresie zamówienia podstawowego/gwarantowanego jest niższa o 67,26% od wartości zamówienia, tj. stanowi 32,74%, cena Oferty w zakresie zamówienia opcjonalnego jest:

a) niższa o 97 77% od wartości zamówienia, tj. stanowi 2,23%,

b) niższa o 97 81% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, tj. stanowi 2,19%.

Zamawiający odmówił udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Artemis w zakresie rażąco niskiej ceny, powołując się utajnienie dokumentacji z uwagi na obejmowanie przez nią tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem, informacje zawarte w wyjaśnieniach nie mogą stanowić w całości tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro mogą być wykorzystane jedynie na cele postępowania, a ich ujawnienie nie naraża Artemis na poniesienie szkody.

Nie podlega wątpliwości, że kwota wskazana w Ofercie Artemis jest uderzająco i rażąco niska oraz wyraźnie odbiega od standardów obowiązujących na rynku. Odwołujący, jako podmiot funkcjonujący na rynku marketingowym i promocyjnym od ponad trzynastu lat, posiada szerokie doświadczenie i wiedzę w zakresie stawek rynkowych i kalkulacji kosztów niezbędnych do zrealizowania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania.

Zaproponowana przez Artemis w ofercie cena: za zamówienie podstawowe/gwarantowane w wysokości 463.350 zł netto (569.920,50 zł brutto), oraz za zamówienie opcjonalne w łącznej wysokości 18.000 zł netto (22.140 zł brutto), przy miesięcznym koszcie świadczenia dodatkowych usług wsparcia w ramach prawa opcji w wysokości 3.000 zł netto (3.690 zł brutto), (łącznie cena za zamówienie razem: 481.350 zł netto (592.060,50 zł brutto)) jest ceną absolutnie nierealną i odbiegającą od warunków panujących na rynku, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty i profesjonalny. Jedynie dla przykładu należy wskazać, że zgodnie z zawartą w Ofercie Artemis ceną za zamówienie opcjonalne, Artemis zamierza w ramach wynagrodzenia w wysokości 3.000 zł netto (3.690,00 zł brutto)/miesiąc między innymi: zrealizować cel w postaci zapewnienia średnio 700.000 odwiedzin strony internetowej / miesiąc, przygotować grafiki dotyczące projektu, oraz

administrować, utrzymywać i modernizować stronę internetową.

Za tożsame z powyższym zakres prac, z tym że wykonywany w ramach zamówienia podstawowego/gwarantowanego, Artemis zaoferował cenę nieporównywalnie wyższą — na poziomie 463.350 zł netto (569.920,50 zł brutto). Przyjmując zatem nawet najbardziej atrakcyjne i korzystne stawki, zrealizowanie powyższych założeń w ramach miesięcznej kwoty wynagrodzenia na poziomie 3.000 zł netto (3.690,00 zł brutto) jest niewykonalne.

Tym samym wykonanie przez Artemis przedmiotu zamówienia w sposób należyty w ramach wskazanej ceny jest nierealne. Oferta zawiera rażąco niską cenę, a tym samym — zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 6 PZP — Zamawiający był zobowiązany do jej odrzucenia.

Wybór Oferty Artemis jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu stanowił niezgodną z prawem czynność podjętą z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Zaoferowanie rażąco niskiej ceny, zarówno za zamówienie podstawowe, jak i za zamówienie opcjonalne, budzi uzasadnione wątpliwości co do intencji i założeń, którymi Artemis kierował się przy ustalaniu jej wysokości. Wydaje się, że Artemis, kalkulując cenę zakładał, że rentowność wykonania zamówienia zostanie utrzymana (i) przez brak wezwania przez Zamawiającego do wykonania zamówienia opcjonalnego (tj. nie wykonanie zamówienia opcjonalnego w ogóle), lub (ii) przez udzielenie przez Zamawiającego, bez zachowania trybu formalnego, zamówienia lub zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług.

Należy zatem stwierdzić, że wybór Oferty Artemis, oferującej sprzedaż usług poniżej kosztów świadczenia, skutkowało utrudnieniem innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Należy też wskazać, że zamawiający współpracował z Artemis w przeszłości w ramach projektów udzielanych w trybie zamówień publicznych.

Zgodnie z informacją zawartą na oficjalnej stronie internetowej Artemis, iaiuzpoaty/, Artemis pracował przy realizacji projektu „Promocja szczepień, utrzymanie funkcjonalności portalu informacyjnego dotyczącego szczepień — działania promocyjne i popularyzacyjne dotyczące szczepień ochronnych” w ramach Narodowego Programu Zdrowia na lata 2021-2025, w ramach którego przeprowadzono ogólnopolską kampanię społeczną „Ja już po. A ty?”, udzielonym w postępowaniu nr dotyczącym „Przygotowania założeń i przeprowadzenia Kampanii społecznej na temat szczepień ochronnych obowiązkowych i zalecanych z Programu Szczepień Ochronnych (dalej PSO) ze szczególnym uwzględnieniem szczepień przeciw HPV (wirus brodawczaka ludzkiego) wśród rodziców oraz nastolatków (dalej Kampania) oraz utrzymaniu działalności, modernizacji i promocji portalu Szczepienia. info (<https://szczepienia.pzh.gov.pl>), w tym modernizacji istniejących i wdrożeniu nowych funkcjonalności oraz publikowaniu

nowych treści merytorycznych promujących szczepienia w mediach społecznościowych". Ponadto, oferta Artemis została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza także w postępowaniu dotyczącym „Kampanii edukacyjno-informacyjnej Narodowego Centrum Edukacji żywieniowej i Centrum Dietetycznego Online — działania w mediach konwencjonalnych i społecznościowych. III Edycja kampanii edukacyjno-informacyjnej Narodowego Centrum Edukacji Żywieniowej z cyklu „Rodzinna Akcja. Zdrowa Rywalizacja” pod hasłem: „Zdrowie od kuchni”.

Na uwagę zasługuje również fakt, że w ramach referencji oraz wykazu wykonanych usług, załączonych do Oferty Artemis Artemis powołał się wyłącznie na projekty realizowane w ramach współpracy z Zamawiającym.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego wybór Oferty Artemis stanowi o dopuszczeniu się przez Zamawiającego naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również zasad przejrzystości i proporcjonalności, o których mowa w art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP. Wydaje się, że wybierając ofertę Artemis Zamawiający kierował się nieobiektywnymi czynnikami, mającymi na celu kontynuację dotychczasowej współpracy pomiędzy Artemis a Zamawiającym.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający, aby zachować zgodność z przepisami prawa, powinien unieważnić czynność wyboru oferty Artemis i odrzucić ofertę, jako niezgodną z przepisami PZP i zawierającą rażąco niską cenę. W konsekwencji odrzucenia oferty Artemis najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu będzie oferta Odwołującego, jako oferta o najniższej cenie oraz najwyższej liczbie punktów w stosunku do oferowanej ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie odwołania w całości.

W postępowaniu najkorzystniejszą ofertę złożył Wykonawca Grupa Artemis spółka z o.o.

W dniu 27 października 2023 r. Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy, o czym Zamawiający został poinformowany pismem KIO/W 25/23. Umowa została podpisana w dniu 30 października 2023 r., o czym Odwołujący został poinformowany w tym dniu.

W ocenie Zamawiającego, odwołanie powinno zostać oddalone już z samego powodu braku spełnienia przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia oraz brak poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Brak możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy powinien być kwalifikowany przez pryzmat braku faktycznej możliwości uzyskania zamówienia.

Brak jest możliwości realnego uzyskania zamówienia przez Odwołującego, ze względu na fakt, że termin na realizację umowy po orzeczeniu KIO byłby i tak nierealny do zachowania.

Jak wskazano w uzasadnieniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zgodnie z zapisami umowy z Ministerstwem Zdrowia, NIZP PZH - PIB odpowiada za realizację zadania, w tym w szczególności za osiągnięcie wskaźników i efektów określonych w umowie; realizację zadania w oparciu o harmonogram, określony w umowie i wniosku; zapewnienie realizacji zadania przez personel posiadający kwalifikacje określone we wniosku; zachowanie trwałości rezultatów zadania, o ile tak przewiduje wniosek.

Zgodnie z zapisami umowy NPZ, NIZP PZH – PIB wykorzysta środki publiczne przekazane w danym roku budżetowym w terminie nie dłuższym niż do dnia 31 grudnia danego roku budżetowego, w którym została udzielona dotacja. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez NIZP PZH - PIB, Minister Zdrowia może skorzystać z uprawnień wynikających z umowy, w tym nałożyć na Instytut odpowiednią do stwierdzonego naruszenia karę umowną.

Nieosiągnięcie wskaźników i efektów zadania określonych we wniosku będzie również skutkować sankcjami w postaci kar umownych/odszkodowania jak również może negatywnie wpłynąć na realizację umowy zawartej z MZ w kolejnych latach.

Planowanym terminem realizacji umowy jest 15 grudnia 2023 r., wskazany we wzorze umowy z uzasadnionych przyczyn spowodowanych ww. okolicznościami i nie może on zostać przekroczony ze względu na wyżej wskazane aspekty. Natomiast przekroczenie terminu zawarcia umowy o choćby kolejne 2 tygodnie spowodowałoby praktyczny brak możliwości realizacji zadania. W zakres obowiązków wykonawcy wchodzi bowiem zadania wymagające określonego czasu.

W ocenie zamawiającego czas na zrealizowanie umowy, zgodnie z doświadczeniem Zamawiającego wyniesie ok. 3 tygodni do miesiąca. Produkty podlegają akceptacji przedstawicieli Ministerstwa Zdrowia

Akceptacja utworów oraz innych materiałów, dokonywana jest przez przedstawicieli Ministerstwa Zdrowia w terminie 14

dni od przedstawienia materiałów do akceptacji. Termin może ulec wydłużeniu z uwagi na specyfikę materiału przekazanego do akceptacji.

Zamawiający wskazał, że termin często w praktyce podlega przedłużeniu, z czego wynika, że realizacja działań (wdrożenie kampanii) wymaga kolejnych kilku tygodni. Nie ma możliwości realizacji kampanii w krótkim czasie, ze względu na jej cel (rozłożenie w czasie komunikacji z potencjalnymi odbiorcami oraz zapewnienie powtarzalnego/ciągłego kontaktu odbiorców z materiałami). Dalsze przedłużenie momentu podpisania umowy spowoduje w efekcie brak możliwości jej zrealizowania, co stanowi ważki argument wskazujący, że Odwołujący może w efekcie nie uzyskać ww. zamówienia. Tym samym nie występuje możliwość poniesienia przez

Odwołującego szkody, co stanowi warunek uznania, że Odwołujący posiada legitymację materialną uprawniającą do wniesienia odwołania.

O braku interesu w uzyskaniu zamówienia, można mówić, gdy nie ma możliwości aby uzyskał odwołujący zamówienie zarówno w ramach obecnego postępowania ani w ramach ewentualnego, kolejnego postępowania. W tej sytuacji grożąca mu szkoda, na jaką powołał się wnosząc odwołania, tj. utrata zysku, jaki wiązałby się w wykonaniem zamówienia, pozostaje bez związku z naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniach. Jak wynika z art. 505 ust. 1 pzp, odwołujący musi wykazać istnienie związku przyczynowo - skutkowego między grożącą mu szkodą, a naruszeniami ustawy Pzp podnoszonymi w odwołaniu (...). złożone odwołania przestały być środkiem nakierowanym na zmianę sytuacji odwołującego polegającej na możliwości uzyskania zamówienia .

Środki ochrony prawnej nie służą wykonawcy w celu zwiększenia szans na rynku zamówień w ogólności, zachowaniu obecnego status quo polegającego na niewykonaniu przedmiotu zamówienia itp., lecz mają chronić wykonawcę przed poniesieniem szkody w zakresie nieuzyskania zamówienia o konkretnym przedmiocie i zakresie. W związku z tym okoliczność, iż unieważnienie obecnego postępowania i niewykonania zamówienia może teoretycznie skutkować utrzymaniem status quo korzystnego dla odwołującego, względnie udzieleniem mu jakichś zamówień w innym zakresie, ale też dotyczącego innego przedmiotu zamówienia, nie może prowadzić do wniosku, że obecne odwołania chronią interes odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia i zabezpieczają go przed powstaniem szkody w tym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego rzekomej rażąco niskiej ceny zaofiarowanej w ofercie przystępującego Grupa Artemis, Zamawiający wskazał, że Izba orzeka w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Wyjaśnienia ceny Przystępującego Grupa Artemis są kompletne i poparte dowodami. Tymczasem Odwołujący nie wskazuje okoliczności faktycznych ani prawnych, które mogłyby podważyć prawidłowość przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień.

W szczególności, jedynie dla ukazania bezzasadności odwołania:

- przywołane w odwołaniu wartości, choć mogą powodować powstanie wątpliwości co do kalkulacji ceny, nie mogą automatycznie powodować wniosku o wykluczeniu możliwości wykonania zamówienia – skoro wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawcę są kompletne i potwierdzają prawidłowość kalkulacji ceny;
 - twierdzenie, że cena oferty odbiega od cen obowiązujących na rynku nie zostało przez Odwołującego w żaden sposób dowiedzione;
 - element ceny – zamówienie opcjonalne, zostało przez Odwołującego przywołane jedynie przykładowo (cyt. str. 6 odwołania), zaś odwołanie nie zawiera zarzutów nakierowanych na potencjalny brak zbadania oferty pod kątem części składowych ceny
- powołanie takich okoliczności w toku rozprawy stanowiłoby nieuprawnione rozszerzenie zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku odtajnienia informacji złożonych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny należy podkreślić, że przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia informacji jest wyczerpujące i pozwala na uznanie, że przedłożone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego Przystępujący należycie i wyczerpująco uzasadnił i wykazał przesłanki uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wiąże czynności zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny z zarzutami dotyczącymi kalkulacji ceny Przystępującego, w szczególności nie wnosi o odtajnienie w pierwszej kolejności ww. wyjaśnień.

Tym samym brak jest formalnej możliwości uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, ze względu

na brak wpływu rzekomego naruszenia na wynik postępowania.

Zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, co następuje.

Zarzut I dot. naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 oraz art. 224 ust. 1 – 3, art. 224 ust. 5, art. 16 pkt 1, 2 i 3 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

W tym zakresie zarzut Odwołującego sprowadza się do stanowiska, że oferta Zgłaszającego przystąpienie powinna zostać odrzucona z uwagi na zaferowanie ceny, która – w opinii Odwołującego – jest rażąco niska.

Zgłaszający przystąpienie został wezwany do wyjaśnień zaferowanej ceny.

Udzielił stosownych wyjaśnień w dniu 27 września 2023 r.

1) Wyjaśnienia zaferowanej ceny Zgłaszającego przystąpienie składały się z trzech części, tj. (i) części opisowej, (ii) szczegółowej kalkulacji wszystkich kosztów, jakie Zgłaszający przystąpienie poniesie w związku z realizacją zamówienia oraz (iii) dowodów potwierdzających realność zaferowanej ceny.

2) W części opisowej Zgłaszający przystąpienie m.in. omówił pokrótce pozostałe elementy wyjaśnień (tj. szczegółową kalkulację oraz dowody), udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego oraz wskazał na sprzyjające okoliczności dostępne wyłącznie dla Zgłaszającego przystąpienie.

3) W szczegółowej kalkulacji Zgłaszający przystąpienie wskazał wszystkie koszty, jakie musi ponieść w związku z realizacją zamówienia. Przy każdej z pozycji, poza wyszczególnionymi kosztami, Zgłaszający przystąpienie ujął również rezerwę na nieprzewidziane wydatki lub niespodziewany wzrost kosztów oraz marżę Zgłaszającego przystąpienie.

4) Z kolei w dowodach przedstawił wiadomości/e-maile/cenniki potwierdzające realność kosztów przedstawionych w szczegółowej kalkulacji.

W dalszej kolejności Zgłaszający przystąpienie zauważa, że w petitum odwołania Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego szeregu przepisów (sprowadzających się do stanowiska, że zdaniem Odwołującego oferta Zgłaszającego przystąpienie powinna zostać odrzucona z uwagi na zaferowanie ceny, która jest rażąco niska). Jednakże pod względem merytorycznym z odwołania i uzasadnienia, wynika, że Odwołujący opiera się na trzech okolicznościach:

1) Odwołujący wskazuje na znaczną różnicę pomiędzy ceną zaferowaną przez Zgłaszającego przystąpienie a wartością zamówienia.

2) Bazując na swoim doświadczeniu Odwołujący stwierdza, że za cenę zaferowaną przez Zgłaszającego przystąpienie nie da się należyście wykonać zamówienia.

3) Zgłaszający przystąpienie realizował dla Zamawiającego w przeszłości inne przedsięwzięcia o tożsamym zakresie.

W tym stanie rzeczy przedmiotem odwołania mogą być tylko te zarzuty, które zostały podniesione przez Odwołującego w odwołaniu.

Łzba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Nie jest wystarczające samo podniesienie zarzutu „rażąco niskiej ceny”, bez wskazania konkretnych okoliczności faktycznych, które zdaniem Odwołującego uzasadniają, że cena zaferowana przez wykonawcę jest rażąco niska. Konieczne jest wskazanie konkretnych powodów tego stanu rzeczy i tylko te wskazane powody mogą być przedmiotem rozpoznania przez Łzbę.

Potwierdza to liczne orzecznictwo.

Odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 PrZamPubl.

Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku”.

Odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Przy czym nie może sprowadzać się to do stawiania generalnych tez, że cena oferty jest rażąco niska, gdyż nie da

się za nią wykonać zamówienia bez ponoszenia strat, czy też, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku. Samo podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny nie jest wystarczające dla uwzględnienia zarzutu, lecz należy szczegółowo wskazać, jakie koszty rodzajowe są kwestionowane oraz wskazać dowodowo fakty je uzasadniające. Również wskazywanie na niektóre orzecznictwo KIO w zakresie rażąco niskiej ceny nie może być uznane za element przesadzający o słuszności podniesionych zarzutów. Każda sprawa jest rozpatrywana biorąc pod uwagę stan faktyczny, indywidualną ocenę oferty wykonawcy wraz z wyjaśnieniami i przedłożony łącznie materiał dowodowy. W zakresie zarzutów podnoszonych w odwołaniu odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Otóż nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie poprzez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony.

Wobec powyższego, rozpoznaniu mogą podlegać wyłącznie te okoliczności, które zostały przywołane przez Odwołującego, a w konsekwencji zgłaszający przystąpienie ustosunkuje się tylko wobec tych okoliczności.

Różnica pomiędzy ceną, jaką zaoferował Zgłaszający przystąpienie, a wartością zamówienia.

Okoliczność, że cena, zaoferowana przez przystępującego jest znacznie niższa od wartości zamówienia prowadzi do konieczności wystosowania przez Zamawiającego względem wykonawcy wyjaśnień zaoferowanej ceny.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wezwanie wystosował, a Zgłaszający przystąpienie udzielił stosownej odpowiedzi, co zostało już opisane w piśmie. W dalszej kolejności podstawą do ustalenia, czy cena zaoferowana jest, czy też nie rażąco niska, stanowią właśnie wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Nie jest możliwe twierdzenie, że wyłącznie z tego powodu, że cena, jaką zaoferował Zgłaszający przystąpienie, odbiega od wartości zamówienia, to cena Zgłaszającego przystąpienie jest automatycznie jest rażąco niska.

Potwierdza to orzecznictwo. Wyrok KIO 1145/23; KIO 1990/19.

Także cena Odwołującego jest znacznie niższa od wartości zamówienia (w zakresie zamówienia podstawowego/gwarantowanego jest niższa o 63,02%). Niezrozumiałe jest więc, dlaczego cena jest rażąco niska, a Odwołującego rynkowa.

Co więcej, Odwołujący wskazując na ceny zaoferowane przez Zgłaszającego przystąpienie zdaje się nie rozumieć istoty prawa opcji w niniejszym zamówieniu, bądź też celowo wprowadza w błąd. Odwołujący podnosi bowiem zaoferowanie przez Zgłaszającego przystąpienie niskiej ceny w ramach prawa opcji, podczas gdy (jak podnosi) „za tożsamy zakres prac, z tym że wykonywany w ramach zamówienia podstawowego, Artemis zaoferował cenę nieporównanie wyższą –na poziomie 481.350 zł netto (592.060,50 zł brutto)”.

Odwołujący pomija, że zamówienie opcjonalne odnosi się wyłącznie do modernizacji i utrzymania strony szczepienia.info, a nie pozostałych kwestii będących przedmiotem oferty. Za modernizację i utrzymanie strony w zamówieniu podstawowym/gwarantowanym Zgłaszający przystąpienie zaoferował cenę 70.479,00 zł brutto (a nie 592.060,50 zł brutto), więc twierdzenia Odwołującego w tym zakresie mają na celu wyłącznie wprowadzenie w błąd.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że za cenę zaoferowaną przez Zgłaszającego przystąpienie nie da się należycie wykonać zamówienia

W tym zakresie stanowisko Odwołującego również jest nietrafione. Zgłaszający przystąpienie udzielił stosownych wyjaśnień zaoferowanej ceny. Do wyjaśnień zaoferowanej ceny została dołączona m.in. szczegółowa kalkulacja wszystkich kosztów, jakie Zgłaszający przystąpienie musi ponieść w związku z realizacją zamówienia. Przy każdej z pozycji poza wyszczególnionymi kosztami Zgłaszający przystąpienie ujął również rezerwę na nieprzewidziane wydatki lub niespodziewany wzrost kosztów oraz marżę.

Tym samym przystępujący wykazał, że za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać zarówno zamówienia jako całość, jak i opłacalne dla niego byłoby także zrealizowanie każdej z części zamówienia z osobna (na każdej pozycji Zgłaszający przystąpienie wypracuje zysk).

Twierdzenia Odwołującego są gołosłowne. Odwołujący podnosi, że „Odwołujący, jako podmiot funkcjonujący na rynku marketingowym i promocyjnym od ponad trzynastu lat, posiada szerokie doświadczenie i wiedzę w zakresie stawek rynkowych i kalkulacji kosztów niezbędnych do zrealizowania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania”.

Brak jednak jakichkolwiek konkretnych dowodów. Odwołujący nie wskazał chociażby, jaka cena (zdaniem Odwołującego) byłaby

realna oraz jakich elementów czy okoliczności Zgłaszający przystąpienie rzekomo nie uwzględnił dokonując wyceny.

Odwołujący przytacza art. 224 ust. 5 Pzp oraz podkreśla, że w przypadku, gdy wykonawca nie udzieli wyjaśnień, bądź udzielone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, to oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Jednakże w niniejszym przypadku przystępujący złożył wyjaśnienia, w których uzasadnił podaną w ofercie cenę. Oferta Zgłaszającego przystąpienie nie podlega więc odrzuceniu.

Przystępujący realizował dla Zamawiającego w przeszłości inne przedsięwzięcia o tożsamym zakresie. Przyznaje, że zrealizował wcześniej dla Zamawiającego projekty wskazane przez Odwołującego w złożonym odwołaniu.

Okoliczność ta nie świadczy jednak o tym, że cena zaoferowana jest rażąco niska. Wręcz przeciwnie, jeżeli ta okoliczność ma mieć jakieś znaczenie dla oceny realności ceny zaoferowanej przez Zgłaszającego przystąpienie, to tylko i wyłącznie może potwierdzać, że Zgłaszający przystąpienie należycie skalkulował zaoferowaną cenę.

Skoro przystępujący współpracował wcześniej z Zamawiającym, zrealizował w sposób należyty dla niego wcześniejsze przedsięwzięcia oraz nie miała do tej pory miejsca sytuacja, w której doszłoby do zaniżenia kosztów i niewykonania/nienależytego wykonania zamówienia, to tym bardziej potwierdza to, że przystępujący wie, w jaki sposób dokonać wyceny i że za zaoferowaną cenę będzie w stanie należycie wykonać zamówienie.

Podsumowując tę część odwołania należy stwierdzić, że wyjaśnienia zaoferowanej ceny Zgłaszającego przystąpienie ponad wszelką wątpliwość wykazują, że przystępujący jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Natomiast okoliczności, które podnosi Odwołujący, bądź nie mają żadnego znaczenia dla oceny w tym zakresie, bądź są gołosłowne i niekonkretne.

Zarzut II W tym zakresie zarzut Odwołującego sprowadza się do stanowiska, że Zamawiający powinien udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia zaoferowanej ceny Zgłaszającego.

Zgłaszający przystąpienie zwraca uwagę, że na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień zaoferowanej ceny.

1) W zastrzeżeniu wskazał, dlaczego informacje posiadają dla niego wartość gospodarczą.

2) Podniósł, że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani nie są łatwo dostępne dla takich osób.

3) Wskazał na podjęte (przy zachowaniu należytej staranności) działania w celu utrzymania informacji w poufności, z podziałem na działania prawne, organizacyjne i informatyczne.

4) Do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa został dołączony pisemny regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązujący u Zgłaszającego przystąpienie.

Tym samym nie tylko zastrzegł, że dane informacje nie mogą zostać ujawnione, ale również wykazał, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (wykazał spełnienie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Chciałby również zwrócić uwagę (analogicznie jak w przypadku wcześniejszego zarzutu), że Odwołujący formułując zarzut wskazał pod względem merytorycznym wyłącznie na jedną merytoryczną okoliczność, tj. że zdaniem Odwołującego brak jest przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na jednorazową możliwość wykorzystania informacji.

Przedmiotem odwołania również może być tylko zarzut podniesiony w odwołaniu.

Zgłaszający przystąpienie nie zgadza się, że informacje zawarte w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny Zgłaszającego przystąpienie można wykorzystać wyłącznie jeden raz. Zgłaszający przystąpienie jest podmiotem zajmującym się zawodowo usługami marketingowymi, w tym prowadzeniem kampanii społecznych.

Realizowanie usługi polegającej na przeprowadzeniu kampanii społecznej przebiega zazwyczaj w bardzo podobny sposób. Zgłaszający przystąpienie przy innych kampaniach współpracuje z tymi samymi osobami (za takie same stawki), w analogiczny sposób określa niezbędną liczbę godzin, zakłada zbliżoną rezerwę, szacuje podobny poziom zysku, itd., itp.

Twierdzenie, że informacje można wykorzystać wyłącznie jeden raz, jest nieuprawnione.

W zastrzeżeniu tajemnicy przystępujący szczegółowo opisał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji i

negatywny wpływ, jaki ujawnienie informacji, mogłoby mieć na udział przystępującego w innych postępowaniach. Wykazał, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający słusznie odmówił Odwołującemu dostępu do tych informacji.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 Pzp

Zarzut ma charakter wynikowy, to znaczy jego zasadność powiązana jest z zasadnością zarzutu numer 1. Ponieważ zarzut 1 podlega oddaleniu, to oddaleniu podlega również zarzut 3, gdyż oferta nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji słusznie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający nie naruszył zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy (pod nieobecność przystępującego do postępowania po stronie odwołującego), stwierdziła, iż odwołanie w zakresie przedstawionych przez odwołującego zarzutów, nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy zauważyć, że w dniu 27 października 2023 r. Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, a jak wynika z oświadczenia zamawiającego, umowa została podpisana w dniu 30 października 2023 r., która to okoliczność jest stronom znana.

Fakt zawarcia umowy z wybranym przez zamawiającego wykonawcą w okresie zawisłości postępowania odwoławczego nie jest okolicznością nadzwyczajną i nie stanowi przeszkody w prowadzeniu postępowania i jego zakończenia orzeczeniem w postaci wyroku. Potwierdza to w szczególności treść art. 554 ust. 3 pkt 2 i 3 ustawy pzp wskazujący na rodzaje rozstrzygnięć, w których Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli została zawarta umowa.

W sprawie rozpatrywanej skład orzekający nie dopatrył się podstaw do uwzględnienia odwołania i wydania rozstrzygnięcia na podstawie wskazanego przepisu ustawy.

Zaistnienie jednak umowy w obrocie prawnym ma istotne znaczenie dla postępowania odwoławczego, czego dowodem jest właśnie rodzaj możliwych rozstrzygnięć wyżej sygnalizowanych. W konsekwencji umowa rodzi nowe istotne okoliczności prawno materialne i proceduralne.

W ocenie Izby, odwołanie podlega oddaleniu wobec braku przesłanki materialnoprawnej opisanej w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, to jest ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia oraz brak poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy powinien być rozumiany jako wynik braku faktycznej możliwości uzyskania zamówienia, jako że zamówienie zostało już udzielone.

Udzielenie zamówienia nastąpiło w wyniku uzyskania przez zamawiającego zgody na zawarcie umowy, zatem umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie. Jak wynika z art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy pzp, w takich okolicznościach Izba może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

W sprawie niniejszej Izba uznaje, że za naruszenie przepisów ustawy uznać można fakt niedostępności wykonawcy treści uzasadnienia przyczyn zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu na wezwanie dotyczące wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny ofertowej. Zasygnalizowane uchybienie nie ma jednak wpływu na wynik postępowania, czego skutkiem jest oddalenie odwołania (por. art. 554 ust. 1 pkt 1 in principio ustawy pzp).

O braku interesu w uzyskaniu zamówienia, można mówić, gdy nie ma możliwości aby uzyskał odwołujący zamówienie zarówno w ramach obecnego postępowania ani w ramach ewentualnego, kolejnego postępowania. W tej sytuacji grożąca mu szkoda, na jaką powołał się wnosząc odwołania, tj. utrata zysku, jaki wiązałby się w wykonaniem zamówienia, pozostaje bez związku z naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniach.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny zaoferowanej w ofercie przystępującego Grupa Artemis, należy przypomnieć że wykonawca złożył wyjaśnienia dotyczące ceny, natomiast odwołujący nie wskazuje okoliczności faktycznych ani prawnych, które mogłyby podważyć prawidłowość przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień, za wyjątkiem porównania wysokości cen ofert i wskazania różnic, w szczególności w zakresie zamówienia tzw. opcjonalnego. Za nieudowodnione uznać należy twierdzenie, że cena oferty odbiega od cen obowiązujących na rynku, także rozumianego jako rynek właściwy ograniczony do ofert złożonych w tym postępowaniu.

Element ceny – zamówienie opcjonalne, zostało w odwołaniu przywołane przykładowo, zaś odwołanie nie zawiera

zarzutów nakierowanych na potencjalny brak zbadania oferty pod kątem części składowych ceny dotycząc całości ceny w istocie nie odbiegającej znacząco od wyżej zdefiniowanego rynku.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku odtajnienia informacji złożonych w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny można zauważyć, że przedłożone informacje in meriti stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 2 ustawy Pzp. Przystępujący uzasadnił przesłanki uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela przy tym pogląd, że informacje zawarte w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny nie służą jedynie do przygotowania kwestionowanej oferty lecz mogą być wykorzystywane także w innych postępowaniach, co nadaje im walor wartości gospodarczej.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji uznając, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów prawa wskazanych przez odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: