

WYROK

z dnia 10 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawcę ICT ProZone sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Akademię Sztuki Wojennej z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy MOBILEMS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez MOBILEMS sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Akademię Sztuki Wojennej z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ICT ProZone sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Akademii Sztuki Wojennej na rzecz odwołującego ICT ProZone sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych przez odwołującego wpisu i uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 570/18

Akademia Sztuki Wojennej (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.- dalej: „ustawa Pzp” lub „Ustawa”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę systemu udostępniania zasobów naukowych Akademii Sztuki Wojennej w ramach projektu „Portal bezpieczeństwa i obronności Akademii Sztuki Wojennej”, nr referencyjny 56/2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2017r. 2017/S 189- 387120.

W dniu 23 marca 2018 r. wykonawca ICT ProZone sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

I. zaniechania wykonania przez Zamawiającego czynności odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez MobileMS sp. z o.o. (dalej również: „Mobile MS”), jako tajemnica przedsiębiorstwa w:

1) wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp (dalej również: „Wyjaśnienia RNC”) w zakresie:

a) szczegółowej kalkulacji oferty uwzględniającej pełny zakres przedmiotu zamówienia ze wskazaniem elementów oraz sposobu w jaki elementy te wpłynęły na liczbę roboczogodzin;

b) kosztu wszelkich licencji niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Systemu;

c) przygotowania szczegółowego projektu środowisk Systemu, Instalacji i konfiguracji Systemu wraz z oprogramowaniem systemowym, na wskazanej przez Zamawiającego infrastrukturze sprzętowej wraz z wyodrębnieniem i skonfigurowaniem dwóch środowisk produkcyjnego i testowego;

d) wykonania wymaganych integracji Systemu z innymi systemami obecnie eksploatowanymi w ASzWoj;

e) wykonania/dostarczenia systemu backupu poszczególnych elementów Systemu, tj. środowiska aplikacji Systemu, środowiska bazodanowego Systemu, środowisk systemów operacyjnych, na których zostanie uruchomiony System jako całość; integracja i współpraca Systemu z planowaną /posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą sprzętowo-programową;

f) prowadzenia przez podwykonawców audytów i testów;

g) dostarczenia powykonawczej dokumentacji technicznej;

h) przeprowadzenia szkoleń dla operatorów i administratorów Systemu a także przygotowanie szkoleń w Systemie prezentacji;

i) świadczenia usług help-desk konsultacje telefonicznie przez okres 48 miesięcy;

j) świadczenia usług rozwoju- 300 h;

k) świadczenia usług utrzymana gwarancyjnego -48 miesięcy;

l) zarządzanie projektem;

m) kosztów pracy osób przeznaczonych do realizacji zamówienia;

n) wpływu poszczególnych elementów koncepcji wykonania zamówienia na cenę;

o) uzasadnienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia przez wykonawcę;

2) w tabeli Załącznika nr 9 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) „Doświadczenie Wykonawcy, wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług”;

3) w Załączniku nr 9b do SIWZ „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z oświadczeniem, że osoby te posiadają wymagane kwalifikacje, wykształcenie i doświadczenie”;

4) w Załączniku pt. „Koncepcja wykonania zamówienia”;

pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

II. zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty MobileMS oraz w zakresie oceny wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy - o ile taka dokumentacja została sporządzona;

III. niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty MobileMS w zakresie określonym w art. 90 ust. 3 Ustawy niezgodnie z Ustawą oraz zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy przez MobileMS;

IV. zaniechania wykluczenia MobileMS jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez nieprzedstawienie dokumentu poświadczającego, że to MobileMS wykonało wdrożenie "Wirtualne Muzea Małopolski" a także braku przedłożenia drugiej referencji. W dokumentacji postępowania zalega jedynie wydruk ze strony internetowej na której znalazł się bardzo ogólny opis projektu i drobna wzmianka o tym „Mobile MS M. S.” wykonał wskazany projekt :

Odwołujący wskazał, iż z ostrożności procesowej wnosi również odwołanie wobec:

1) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty MobileMS, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a MobileMS nie złożyło odpowiednich wyjaśnień, ponieważ złożone Wyjaśnienia RNC nie obalają domniemania, że oferta Mobile MS zawiera rażąco niską cenę;

2) niezgodnej z przepisami Ustawy oceny Wyjaśnień RNC złożonych przez MobileMS w trybie art. 90 Ustawy;

3) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty MobileMS, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;

4) niezgodnej z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego polegającej na przyznaniu przez Zamawiającego ofercie MobileMS zbyt dużej liczby punktów w kryterium „Koncepcja” oraz „Cena”;

5) niezgodnej z przepisami Ustawy oraz SIWZ czynności oceny i badania ofert,

6) niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez MobileMS pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) przeprowadzenie czynności oceny i badania ofert z naruszeniem przepisu art. 9 ust. 1, art. 90 ust. 3, art. 96 ust. 1, 2 i 3, Ustawy;

2) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty MobileMS;

3) naruszenie przepisu art. 2 pkt 5 Ustawy w związku z art. 7 Ustawy, poprzez wybranie jako

najkorzystniejszej oferty MobileMS;

4) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w/w zastrzeżonych przez MobileMS wcześniej wskazanych elementów dokumentacji postępowania pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy oraz art. 9 ust. 1 w związku z art. 7 Ustawy, poprzez ocenę oferty MobileMS w kryteriach „Koncepcja” oraz „Cena” niezgodnie z określonymi w SIWZ i Ustawie kryteriami oraz zasadami ocen ofert, tj. zaniechanie sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny oferty MobileMS;

6) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie pierwsze Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty MobileMS w kryterium „Koncepcja” oraz „Cena” w zakresie oceny wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy o ile taka dokumentacja istnieje;

7) naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 Ustawy, art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy w związku z art. 9 ust. 1 oraz w związku z art. 7 Ustawy, poprzez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechanie sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy przez MobileMS;

8) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem przepisów Ustawy wskazanych w niniejszym odwołaniu);

9) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez nieprzedstawienie dokumentu poświadczającego, że to MobileMS wykonało wdrożenie „Wirtualne Muzea Małopolski”.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił:

10) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez MobileMS Wyjaśnień RNC, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

11) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MobileMS, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca MobileMS nie złożył Wyjaśnień RNC spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Ustawy;

12) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MobileMS, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;

13) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy w związku z art. 7 Ustawy, poprzez przyznanie ofercie MobileMS nieprawidłowej liczby punktów w kryterium „Koncepcja” oraz „Cena” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt dużej liczby punktów.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności oceny ofert,

2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) odtajnienie i udostępnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu w zakresie wskazanym w odwołaniu,

4) dokonanie oceny oferty MobileMS we wszystkich elementach w kryterium „Koncepcja” oraz „Cena” zgodnie z SIWZ i ustawą Pzp, tj. sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny oferty MobileMS w kryterium „Koncepcja” oraz „Cena”,

- 5) dokonanie oceny wyjaśnień złożonych przez MobileMS w trybie art 90 ust. 3 Ustawy zgodnie z Ustawą, tj. sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny złożonych wyjaśnień,
- 6) dokonanie ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodnie z SIWZ,
- 7) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

Z ostrożności procesowej Odwołujący wnioskował o:

- 8) odrzucenie oferty MobileMS - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
- 9) odrzucenie oferty MobileMS - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 10) udostępnienie Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty MobileMS w kryterium „Koncepcja” oraz „Cena”-o ile taka dokumentacja istnieje,
- 11) przyznanie ofercie Mobile MS mniejszej liczby punktów w kryterium „Koncepcja” oraz „Cena” zgodnie z uzasadnieniem odwołania.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, bowiem w wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego, wskazanych w odwołaniu, został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, pomimo, iż w jego ocenie, złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku wskazanych naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odtajnienia części oferty MobileMS oraz części dokumentacji postępowania, Odwołujący wskazał, iż objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: UoNZK), tj. wykazania, że dana informacja, a nie dokument:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, posiadająca wartość gospodarczą,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący wskazał, iż przyjmuje się, że informacjami handlowymi czy organizacyjnymi są dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, z kolei informacjami technicznymi czy technologicznymi są informacje dotyczące procesu produkcji czy też usług świadczonych przez przedsiębiorcę - przy czym każda taka informacja musi mieć wartość gospodarczą. Natomiast informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności przesłanka ta wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa lub gdy są publikowane w powszechnie jawnych rejestrach. Jeżeli chodzi o podjęcie w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności, to Odwołujący zaznaczył, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W szczególności za podjęcie takich działań można uznać zawarcie odpowiednich umów o poufności lub umieszczenie stosownych klauzul w umowach.

W ocenie Odwołującego dokonane przez MobileMS zastrzeżenie części oferty oraz złożonych wyjaśnień było i jest bezpodstawne. Zawarte we wskazanych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez w/w wykonawcę spełnienia się przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia przez wykonawcę.

Odwołujący podał, iż w dniu 14 marca 2018 roku, tj. w dniu przekazania „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty”, wystąpił do Zamawiającego o dokonanie wglądu do oferty MobileMS oraz całej dokumentacji przetargowej w szczególności do dokumentu oferty, JEDZ i pozostałych załączników. Zamawiający w dniu 15 marca 2018 roku poinformował Wykonawcę, że w dniu 16 marca 2018 roku zostanie udostępniona do wglądu oferta MobileMS, przy czym formą udostępnienia będzie wgląd do dokumentacji z możliwością kopiowania lub utrwalania obrazu. Już sama forma udostępnienia, w ocenie Odwołującego była zaskakująca i nieprzystająca do przedmiotowego postępowania dotyczącego specjalistycznych usług IT, w sytuacji, gdy obecnie spotykanym standardem jest, że Zamawiający udostępniają taką dokumentację w formie elektronicznej (skany), np. poprzez udostępnienie w tzw. chmurze. Sposób i forma udostępnienia protokołu wraz z załącznikami wskazuje, w ocenie Odwołującego, na traktowanie wykonawców przez Zamawiającego w sposób niegwarantujący zasady przejrzystości, w tym utrudniający korzystanie ze środków ochrony prawnej. Po analizie udostępnionych dokumentów a właściwie zapoznaniu się z zakresem materiału jakiego Zamawiający nie udostępnił, Odwołujący w dniu 21 marca 2018r. złożył Zamawiającemu, zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, „Informację o naruszeniu prawa poprzez nieodtajnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy MobileMS w zakresie rażąco niskiej ceny”. W dniu 22 marca 2018r. Zamawiający przesłał do Odwołującego odpowiedź na wniosek o naruszenie prawa odtajnienia, w którym podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Zdaniem Odwołującego, MobileMS w złożonych wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, w szczególności udostępnionej Odwołującemu, w ogóle nie wykazał spełnienia w/w przesłanek oraz nie przedstawił żadnych dowodów na spełnienie formalnych przesłanek tj. przesłanki 2 i 3, w tym nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji. Odwołujący uważa, że w/w dokumenty w ogóle pomijają niezbędny element, jakim jest wykazanie wartości gospodarczej, albo też nie wykazują w sposób należyty takiej gospodarczej wartości. Odwołujący wskazał na poparcie swoich twierdzeń na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2015 roku, sygn. akt KIO 2784/14. W ocenie Odwołującego skoro MobileMS nie wykazał w uzasadnieniu tej przesłanki, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia części oferty.

W ocenie Odwołującego, MobileMS nie wykazał również, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji. Skuteczne wykazanie musi zawierać zarówno wskazanie tych kroków, jak i powołanie się na dowody, np. załączenie kopii umów zawierających odpowiednie klauzule o poufności, wskazanie wdrożonych procedur, itp. Wykazanie takich okoliczności oraz załączenie dowodów jest niezbędne. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i 872/17. Odwołujący uważa, że MobileMS nie dołączył ani do oferty, ani do wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp żadnych dowodów, które potwierdzałyby ziszczenie się przesłanki podjęcia przez niego w stosunku do zastrzeganych informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Odwołujący podkreślił, że żadne informacje zawarte w takich uzasadnieniach ani nie mają żadnej wartości gospodarczej, ani też nie są informacją handlową, technologiczną czy też organizacyjną. Stąd też nie powinny w ogóle zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie objęcia tajemnicą danej części oferty czy też wyjaśnień składanych w toku postępowania powinno zawierać wykazanie ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie informacje z całą pewnością nie spełniają przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo Odwołujący odnośnie braku możliwości skutecznego zastrzeżenia samego uzasadnienia w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 roku, KIO 542/17. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają uzasadnienia, które wykazuje ziszczenia się wszystkich trzech przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący uważa, że MobileMS nie odniósł się w treści wyjaśnień do przesłanki podjęcia działań niezbędnych w celu zachowania poufności informacji oraz nie wykazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie były uprzednio ujawnione do wiadomości publicznej. Stanowisko to wynika z treści udostępnionej części uzasadnienia, w którym akurat na takie dowody w ogóle się nie powołano. Odwołujący podkreślił, że samo ogólne powołanie się przez MobileMS na takie zasady, bez wskazania konkretnych skutków dla zachowania w tajemnicy informacji nie jest wystarczające dla skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach, co potwierdził Zamawiający w tracie przeprowadzania

oceny zasadności zastrzeżenia złożonych wyjaśnień. W związku z tym, Zamawiający w pismach z dnia 21 lutego 2018r. oraz 13.03.2018r słusznie uznał za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści ogólnie dostępnych, które nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 UoZNK. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17. Ponadto opierając się na treści uzasadnienia w udostępnionej części, Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe uzasadnienie jest ogólne i w ogóle nie odnosi się do treści konkretnej oferty, złożonej w tym postępowaniu. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, wykonawca MobileMS nie spełnił wymagań skutecznego zastrzeżenia złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający bezkrytycznie uznał samą czynność zastrzeżenia za skuteczną, nie badając w ogóle, czy zostały spełnione wymagania ustawowe i uniemożliwił Odwołującemu prawo wglądu do szeregu dokumentów, w tym do większości treści wyjaśnień stanowiących odpowiedź MobileMS na wezwanie do wyjaśnień ceny oferty.

Odwołujący wywiódł, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są dokumentem dotyczącym ceny, a więc elementu oferty, którego zgodnie z art. 8 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nie można utajnić, a zatem, jego zdaniem, skoro cena jest jawnym elementem, to jawność ta rozciąga się również na jej składniki tj. na szczegółową kalkulację ceny oraz na czynniki ją kształtujące. Ponadto Zamawiający zaniechał udostępnienia Odwołującemu treści Wykazu osób, pomimo że z „Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” od p. M. S. do MobileMS wynika, że p. M. S. będzie osobą oddelegowaną do realizacji zamówienia. Odwołujący przywołał w tym zakresie wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17, z dnia 4 września 2017 roku, sygn. akt KIO 1713/17, z dnia 6 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 102/17 i KIO 110/17.

Dalej Odwołujący podniósł, wskazując na „Informację o utajnieniu części dokumentów” stanowiącej załącznik nr 8 do odpowiedzi MobileMS na pismo z 21 lutego 2018 r. (tj. odpowiedzi na żądanie Zamawiającego co do uzupełnienia dokumentów), że: Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentu, który ze swej natury i charakteru nie mógł zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa MobileMS, nieudostępnienie Odwołującemu tego dokumentu spowodowało, że Odwołujący nie jest w stanie zapoznać się z uzasadnieniem zastrzeżenia poufności informacji, znajdujących się np. w wykazie zamówień i ocenić słuszności ograniczenia mu zasady jawności również w tym zakresie.

Odwołujący zauważył, iż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł, co wynika zarówno z zasady zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmienia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W sytuacji takiej jak niniejsza, Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Odwołujący może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady, co uczynił w odwołaniu. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyroki Izby; z dnia 17 maja 2017, sygn. akt KIO 864/17 i 872/17, z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 457/12, z dnia 5 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12. Odwołujący zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji, zawartych w ofercie, tajemnicą przedsiębiorstwa, należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego Odwołujący wskazał na: wyrok KIO 1016/12, wyrok KIO 457/12, wyrok

KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12. Odwołujący wywiódł, że skoro objęcie części oferty oraz całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych, to należy w tym zakresie stosować zasadę zakazu rozszerzającej wykładni wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza na etapie postępowania odwoławczego powinna nakazać

Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Odwołujący zauważył, że także wykładnia autentyczna wskazuje na obowiązywanie zasady jawności postępowania, w tym obowiązek ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców. Wynika to z Uzasadnienia do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653).

W ocenie Odwołującego każde naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy 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 czynnością, na którą każdemu z uczestników postępowania służy środek ochrony prawnej. Odwołujący wskazał w tym zakresie na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2015 roku, KIO 1882/15, KIO 1900/15 i KIO 1903/15 oraz z dnia 13 października 2016 roku, sygn. akt KIO 1835/16. Ocena zastrzeżeń stanowi element badania i oceny ofert (wyrok: Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013 roku, sygn. akt KIO 1297/13, z dnia 17 maja 2013 roku, sygn. akt KIO 938/13, z dnia 27 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2108/17) w związku z czym skutkiem uznania zarzutu za zasadny w każdym przypadku powinno być także dokonanie unieważnienia dotychczasowej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie jest bowiem możliwe ocenianie zasadności zastrzeżenia jawności części dokumentacji postępowania w oderwaniu od czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzut naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty MobileMS sp. z o.o., który, zdaniem Odwołującego, powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu wobec nieprzedstawienia dokumentu poświadczającego, że wykonał wdrożenie "Wirtualne Muzea Małopolski", Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie udostępnił mu nawet informacji dotyczących prac wskazanych przez MobileMS, które miały być wykonane na rzecz Małopolskiego Instytutu Kultury w ramach zamówienia publicznego. Tymczasem dokumentacja przetargowa znajduje się na stronie internetowej, co oznacza, że jeżeli projekt ten był wykonywany w ramach zamówienia publicznego, to Zamawiający nie posiadał jakichkolwiek podstaw prawnych do zastrzeżenia wskazanych informacji, gdyż powinny być one ogólnie dostępne. Dokumentacja przetargowa udostępniona Odwołującemu, w żaden sposób nie wskazuje czy Mobile MS sp. z o.o. we wskazanym projekcie wykonał usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu, wdrożeniu i utrzymaniu powdrożeniowym systemu informatycznego (zbudowanego w oparciu o system dostępny na licencji open source) klasy zarządzania wiedzą do prezentowania zdigitalizowanych treści, działającego w sieci Internet, składającego się co najmniej z modułów archiwum (repozytorium) oraz modułu webowego (portalu) o wartości co najmniej 1,5 mln zł brutto. Z uwagi na to, że Zamawiający nie wystosował zapytania do MobileMS w tym zakresie, Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, w jakim zakresie MobileMS wykonywało usługę w tym projekcie. Nadto przedłożony wydruk ze strony internetowej nie wskazuje daty zakończenia projektu, gdyż zawiera tylko informację o starcie portalu we wrześniu 2013, tak więc zachodzi domniemanie, że projekt został zakończony wcześniej niż w okresie 3 lat które były wymagane w SIWZ przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł także, że nie jest dla niego zrozumiałym, jak Zamawiający mógł oprzeć się wyłącznie na wydrukowanym dokumencie ze strony internetowej, gdzie jest tylko drobna wzmianka o MobileMS M. S. i zaakceptować to jako „referencji”. Ponadto Odwołujący podniósł, że w udostępnionej mu dokumentacji przetargowej stwierdził brak występowania wymaganej drugiej referencji na usługę, polegającą na wykonaniu, wdrożeniu i utrzymaniu powdrożeniowym systemu informatycznego typu workflow, ułatwiający użytkownikowi wnioskowanie o dostęp do zasobów lub uprawnień, do których nie ma dostępu i przypisywanie i realizację zadań związanych z takimi wnioskami, o wartości minimum 200 000.00 zł, która była wymagana.

W uzasadnieniu zarzutu niezgodnej z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na badaniu i ocenie oferty MobileMS oraz zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy, tj. zaniechaniu sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez Mobile MS oraz zaniechaniu oceny oferty tego wykonawcy zgodnie z określonymi w ustawie Pzp i SIWZ zasadami oceny ofert oraz zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechaniu sporządzenia uzasadnienia oceny oferty MobileMS, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z zasadą określoną w przepisie art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Natomiast przepis art. 96 ustawy Pzp reguluje kwestię sporządzania przez Zamawiającego pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół jest jawny, z zastrzeżeniem, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, zaś pozostałe załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, iż w czasie wglądu w dokumentację postępowania, co miało miejsce w dniu 16 marca 2018 roku, stwierdził, że dokumentacja nie zawiera żadnych postanowień, z których wynikałoby, że Zamawiający dokonał oceny i badania oferty w zakresie rzeczowego odniesienia się do zagadnień nią objętych. W szczególności dokumentacja nie zawiera treści, które potwierdzałyby dokonanie oceny ofert w przedmiotowym kryterium zgodnie z SIWZ. Podobna sytuacja zachodzi odnośnie oceny ofert w zakresie złożonych przez Wykonawców wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Także w tym zakresie w w/w dokumencie nie widnieje ślad przeprowadzenia jakiegokolwiek oceny przedmiotowych wyjaśnień. Odwołujący zwrócił uwagę na art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami. Każda czynność Zamawiającego powinna znaleźć swoje odzwierciedlenie w formie pisemnego dokumentu, stanowiącego załącznik do protokołu postępowania.

Odwołujący stwierdził, iż taka wada postępowania powinna być naprawiona poprzez sporządzenie przez Zamawiającego pisemnego uzasadnienia w przedmiotowym zakresie. Zdaniem Odwołującego z treści dokumentacji postępowania powinno jednoznacznie wynikać, jaka była ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny w kontekście art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zaś z obecnej dokumentacji postępowania nie wynika, jakie było stanowisko Komisji w tym zakresie, z całą pewnością nie jest to jasne. Odwołujący przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2015 roku, sygn. akt KIO 733/15, w którym Izba odniosła się do zaniechania oceny oferty w kryterium pozacenowym.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty Mobile MS sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę oferty tego wykonawcy w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazał na brak złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień. Odwołujący stwierdził, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień oraz zarzut nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty MobileMS, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez Odwołującego dostępu do wyjaśnień. W związku z powyższym przedmiotowy zarzut podnosi jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 - 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien brać swój początek w treści wyjaśnień złożonych w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł aby, w przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut wskazany w pkt 1. uzasadnienia odwołania, nie rozpatrywała przedmiotowego zarzutu jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyroki Izby z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 242/17, z dnia 4 września 2017 roku, sygn. akt KIO 1713/17. Powyższa argumentacja obejmuje także udostępnienie przez Zamawiającego całości dokumentacji w zakresie badania oferty MobileMS w kryterium cena. Zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez Zamawiającego, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty MobileMS powinien być oceniany, zdaniem Odwołującego, dopiero po udostępnieniu przez Zamawiającego dokumentacji postępowania w zakresie oceny oferty tego wykonawcy w kryterium cena.

Zdaniem Odwołującego ocena oferty MobileMS sp. z o.o. jest zupełnie nieuzasadniona. Po pierwsze - z dokumentacji postępowania wynika, że pierwotnie Zamawiający uznał, że oferta MobileMS zawiera cenę rażąco niską cenę. Po drugie - z dokumentacji nie wynika, jaka była przyczyna zmiany oceny oferty MobileMS w przedmiotowym zakresie. Taka wada postępowania powinna być naprawiona poprzez sporządzenie przez Zamawiającego pisemnego uzasadnienia takiej decyzji. Zdaniem Odwołującego z treści dokumentacji postępowania powinno jednoznacznie wynikać jaka była ocena oferty tego wykonawcy w kryterium cena - a obecnie nie jest to jasne. W związku z tym Odwołującemu utrudniono korzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie zarzutu naruszenia art 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp. Ten stan naruszenia powinien być zlikwidowany w pierwszej kolejności, a dopiero po jego zlikwidowaniu - Odwołujący, w oparciu o udostępnioną mu całość dokumentacji, powinien mieć możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Na poparcie zarzutu braku złożenia przez MobileMS wyjaśnień potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i obalających domniemanie rażąco niskiej ceny, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego jest nieprawidłowa, Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu złożone były 4 oferty, których ceny brutto kształtowały się następująco: ICT ProZone sp. z o.o. 2 275 500,00 zł, Konsorcjum Lider: TiMISI sp. z o.o., Konsorcjant: Business Solutions sp. z o.o. - 981 171,00 zł, MobileMS sp. z o.o. - 1 598 877,00 zł, Konsorcjum Lider: SoftBlue S.A. Konsorcjant: Business Online Service sp. z o.o. - 1 697 400,00 zł. W dniu 24 stycznia 2018 roku Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Mobile MS do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że cena zaproponowana

przez MobileMS jest niższa od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług tj. od kwoty 2 715 840.00 zł o 41.13 %, przez co wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Odwołujący podkreślił, że nie mógł zapoznać się w pełni z treścią złożonych przez MobileMS wyjaśnień. Jednakże opierając się na doświadczeniu w zakresie składanych wyjaśnień w innych postępowaniach, stwierdził, że można przyjąć, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny oferty. Zdaniem Odwołującego MobileMS sp. z o.o. nie wskazało w swoich wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do pozostałych wykonawców, a które mogłyby uzasadniać zaoferowanie tak niskiej ceny.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie dokonał odpowiedniej analizy złożonych przez MobileMS wyjaśnień, ich treści i ewentualnych, dołączonych dowodów. Jest to zaniechanie Zamawiającego, które narusza przepisy ustawy Pzp. Odwołujący przywołał w tym zakresie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku, sygn. akt V Ca 2214/06. Odwołujący wskazał, iż to nie objętość wyjaśnień obala domniemanie prawne, iż cena oferty jest ceną rażąco niską, ale treść tych wyjaśnień wraz z dołączonymi do wyjaśnień dowodami i przywołał wyrok Izby z dnia 1 września 2017 roku, sygn. akt KIO 1662/17.

Odwołujący wskazał, iż w złożonych przez MobileMS wyjaśnieniach brak jest wskazania na wszystkie niezbędne elementy kosztotwórcze, nie ujęto bowiem co najmniej pełnych i rzeczywistych kosztów osobowych. Wniosek wynika z faktu, że złożone przez MobileMS sp. z o.o. wyjaśnienia nie zawierają odpowiednich wyliczeń, w tym nie wskazują, że w cenie oferty

ujęto koszty realizacji wszystkich wymagań SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę na rozliczenie,

z którego wynika, iż prace programistyczne-wdrożeniowe (osobodni), szkolenia i przygotowania do szkoleń (dni), kierownik projektu (dni) wynosi łącznie 1 301 000,00 zł. Odwołujący podkreślił, że wskazane powyżej kwoty osobodni są niższe, niż te które standardowo spotyka się na rynku. Standardowa kwota za roboczy dzień to 1500-2000 zł netto. W przypadku zamówienia takiego jak w przedmiotowym przypadku, stawki mogą dochodzić do 2500 zł netto. Dobrej klasy specjalista obecnie zarabia ok. 8-10 tys zł. netto, a wynagrodzenie programisty może sięgać nawet 12 tys zł netto miesięcznie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekiwał w wezwaniu z dnia 24 stycznia 2018 r. szczegółowego odniesienia się właśnie m.in. do kosztów osobowych - wymagał podania: "kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę..." Zatem brak wskazania przez MobileMS sp. z o.o. na wszystkie w/w koszty w swoich wyjaśnieniach jest, zdaniem Odwołującego, tym bardziej oczywisty i powinien stanowić podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

W kwestii domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, iż zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2017 roku, KIO 613/17 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 marca 2017 roku, sygn. akt XXIII Ga 967/16. Według Odwołującego MobileMS nie sprostало ciążącemu na nim obowiązкови dowodowemu, zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe. Odwołujący podkreślił, że Wyjaśnienia RNC powinny wskazywać zarówno bardzo konkretne elementy środowiska, jak i konkretne dowody. Nie jest wystarczające ogólne wskazanie, że MobileMS ujęło w cenie oferty wszystkie niezbędne elementy. Zamawiający powinien bowiem na podstawie Wyjaśnień RNC mieć możliwość zbadania, czy MobileMS rzeczywiście ujęło w cenie oferty wszystkie niezbędne koszty. Zdaniem Odwołującego w Wyjaśnieniach RNC MobileMS nie wskazano wszystkich kosztów wynikających z zastosowania rozwiązań komercyjnych. W szczególności nie uwzględniono kosztów zakupu niezbędnych licencji. Zwłaszcza że muszą to być licencje umożliwiające korzystanie z oprogramowania zarówno przez MobileMS, jak i przez Zamawiającego w celu weryfikacji kodów źródłowych.

Odwołujący załączył do odwołania większość wskazanych w nim dowodów, tj. pismo Odwołującego z dnia 19 marca 2018 r., pismo Zamawiającego znak 213/ZP/2018 z dnia 22 marca 2018 r., pismo Zamawiającego znak 119/ZP/2018 z dnia 21 lutego 2018 r., pismo Zamawiającego znak 186/ZP/2018 z dnia 14 marca 2018 r. oraz pismo Zamawiającego znak 37/ZP/2018 z dnia 24 stycznia 2018 r.

W dniu 30 marca 2018 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca MobileMS Sp. z o.o. (dalej również: „Przystępujący”) wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, natomiast uwzględnienie odwołania może skutkować pozbawieniem go możliwości wykonania zamówienia.

W dniu 6 kwietnia 2018 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której w części uwzględnił zarzuty odwołania, w pozostałym zakresie uznał je za bezzasadne. Zamawiający za zasadne uznał zarzuty dotyczące zastrzeżenia przez Mobile MS informacji zawartych w:

- 1) tabeli Załącznika nr 9a do SIWZ „Doświadczenie Wykonawcy - wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług” wraz z załączonymi referencjami,
- 2) Załączniku nr 9b do SIWZ „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z oświadczeniem, że osoby te posiadają wymagane kwalifikacje, wykształcenie i doświadczenie” w części do, całości dokumentu z. wyjątkiem imion i nazwisk osób w nim wymienionych,
- 3) dokumentach złożonych przez Mobile MS stanowiących uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie: wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych na wezwanie Zamawiającego Załącznika nr 9a do SIWZ oraz Załącznika nr 9b do SIWZ, koncepcji wykonania zamówienia.

Zamawiający przyznał, iż po powtórnym przeanalizowaniu zarzutów odwołania w ww. zakresie są one zasadne. Wykonawca MobileMS zastrzegł ww. dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże po ich ponownym przeanalizowaniu Zamawiający stwierdził, iż nie spełniają one przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie:

- 1) dane zawarte w Załączniku nr 9a do SIWZ są ogólnie dostępne dla zainteresowanych na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej zaś referencje - z uwagi na fakt, że służą do prezentowania innym, potencjalnym kontrahentom wykonawcy jako profesjonalnego i rzetelnego partnera - nie mogą być powodem wyłączenia zasady jawności,
- 2) dane zawarte w Załączniku nr 9b do SIWZ z wyjątkiem imion i nazwisk osób w nim wymienionych są ogólnie dostępne i stanowiły warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 3) dokumenty złożone przez Mobile MS stanowiące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie: wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych na wezwanie Zamawiającego Załącznika nr 9a do SIWZ oraz Załącznika nr 9b do SIWZ, koncepcji wykonania zamówienia nie przedstawiają żadnej wartości gospodarczej.

Zamawiający podał, iż dokumenty, które niesłusznie uznał jako prawidłowo zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z wnioskiem Odwołującego, po decyzji o ich odtajnieniu i uzyskaniu zgody MobileMS, przesłał Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 05.04.2018 r.

Zamawiający jednocześnie stwierdził, iż Wykonawca MobileMS w sposób prawidłowy zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie koncepcji wykonania zamówienia i części nieodtajnionej wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dotyczących koncepcji wykonania zamówienia Wykonawca wskazał, iż zawarte w nim informacje tj. opis koncepcji proponowanego rozwiązania, zastosowane rozwiązania techniczne i technologiczne mają charakter techniczny i technologiczny. MobileMS w wyjaśnieniach wykazał, iż informacje zawarte w koncepcji wykonania zamówienia nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności tj. wymagania polityki bezpieczeństwa, klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi, umowach handlowych a dostęp do koncepcji ograniczony jest stosownymi zabezpieczeniami cyfrowymi. Zamawiający zauważył, iż sama koncepcja wykonania zamówienia ma charakter techniczny, technologiczny oraz wartość gospodarczą ze względu na dopuszczenie przez Zamawiającego do zaoferowania dowolnego sposobu spełniania wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia i opisu wymagań dla Systemu udostępniania zasobów naukowych Biblioteki Głównej Akademii Sztuki Wojennej. Na prawdziwość powyższego, zdaniem Zamawiającego,

wskazuje także fakt, iż wszyscy Wykonawcy składający oferty w tym także Odwołujący, zastrzeżli koncepcję wykonania jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Specyfika przedmiotu zamówienia i możliwość zaferowania przez wykonawców własnego unikatowego sposobu wykonania zamówienia, świadczy o tym, iż koncepcja bezsprzecznie stanowi wartość gospodarczą, ma charakter techniczny i technologiczny dla każdego z Wykonawców. Jednocześnie należy wskazać, iż w podobny sposób jak MobileMS koncepcję wykonania zamówienia zastrzegł Odwołujący, powołując się na podobne przesłanki jak MobileMS.

W ocenie Zamawiającego zawarte w nieodtajnionej przez Zamawiającego części wyjaśnień rażąco niskiej ceny elementy niezaprzeczalnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nierozzerwalnie są powiązane z koncepcją realizacji zamówienia. MobileMS w sposób prawidłowy zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w tym zakresie, ponieważ w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, iż zawarte w nim informacje mają wartość gospodarczą (źródło informacji o wdrażanych systemach, stawkach, cenach ofertach handlowych, powiązaniach gospodarczych), nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności tj. klauzule poufności w umowach z pracownikami i osobami współpracującymi, umowach handlowych a dostęp do plików stanowiących dokumentację mają wyłącznie osoby, które zawarły umowy o poufności. Dane zawarte w nieujawnionej części wyjaśnień nierozzerwanie powiązane są z zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa koncepcją wykonania zamówienia i bez wątpienia stanowią jako całość wartość gospodarczą dla MobileMS, dostarczają informacji o stawkach, cenach wdrażanych systemach, ofertach handlowych, powiązaniach gospodarczych czy też indywidualnie przyjętym sposobie kalkulacji ceny. Zdaniem Zamawiającego nieodtajniona część wyjaśnień rażąco niskiej ceny bezsprzecznie stanowi dla Wykonawcy wartość gospodarczą ponieważ dotyczy kalkulacji ceny złożonej oferty oraz obejmują szczegółowe odniesienie się do elementów koncepcji wykonania zamówienia. Tak więc zawiera odniesienie do wybranych rozwiązań technicznych i oryginalności projektu wykonawcy, kwestii związanych z obniżeniem kosztów pracy i wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, jak również, szczegółowe kalkulacje kosztów realizacji zamówienia, w tym przede wszystkim stawek osób wykonujących poszczególne zadania. Kwestie te wprost więc odnoszą się do sposobu skalkulowania ceny. Tymczasem sposób kalkulacji ceny, przede wszystkim kosztów osobowych, które w tym postępowaniu stanowią główny czynnik cenotwórczy, gdyż głównym elementem cenotwórczym jest właśnie koszt pracy specjalistów w branży IT, można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Koszt zatrudnienia osób, to bowiem element determinujący treść oferty, z uwagi chociażby na specyfikę tej branży i charakter tego konkretnego zamówienia. Ich ujawnienie mogłoby spowodować poważne straty dla Wykonawcy w postaci „podkupienia” specjalistów branży IT, którymi dysponuje. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 07.04.2014 sygn. akt 523/14.

Zamawiający zaznaczył, iż dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i uznał, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez MobileMS w części, należy uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o czym poinformował MobileMS pismem 119/ZP/2018 z dnia 21.02.2018 r.

Zamawiający zauważył, iż słuszność zastrzeżenia przez MobileMS Załącznika nr 9b

do SIWZ - „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z

oświadczeniem, że osoby te posiadają wymagane kwalifikacje, wykształcenie

i doświadczenie”, w części dotyczącej imion i nazwisk osób w nim wymienionych, wielokrotnie potwierdzała Izba w swoim orzecznictwie m.in. w wyroku z dnia 05.09.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 874/08.

Zamawiający zwrócił uwagę na niezgodne ze stanem faktycznym informacje przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu, dotyczące braku udostępnienia żądanych przez Odwołującego dokumentów i formy ich udostępnienia oraz przedstawił w piśmie stan faktyczny. Z przedstawionego przez Zamawiającego opisu wynika, iż Odwołujący w dniu 14.03.2018 r. za pomocą poczty elektronicznej zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów pisząc: „Szanowni Państwo, w załączniku przesyłam wniosek o udostępnienie oferty Wykonawcy wraz z całą dokumentacją. W treści załącznika Odwołujący napisał: „(...) wnoszę o umożliwienie dokonania wglądu do oferty Wykonawcy MobileMS sp. z o.o. wraz z całą dokumentacją dostarczoną przez MobileMS sp. z o.o. Jednocześnie wnoszę

o wyznaczenie terminu do dokonania wglądu a także umożliwienia wykonania fotokopii”. Zamawiający na wniosek Odwołującego wyznaczył termin na powyższe na dzień 16.03.2018 godz. 13.00, następnie, na prośbę Odwołującego, godzinę zmieniono na 11.00. Przedstawiciel

Odwołującego p. A. Z. w dniu 16.03.2018 r. o godz. 11.00 w obecności pracowników Zamawiającego tj. D. M. i A. J. dokonał wglądu do wnioskowanych dokumentów tj. oferty Wykonawcy MobileMS wraz z całą dokumentacją dostarczoną przez MobileMS oraz złożył stosowne oświadczenie o powyższym fakcie. W trakcie wglądu p. A. Z. nie zgłaszał żadnych uwag w stosunku do udostępnionych dokumentów. Dopiero w dniu 25.03.2018 r. godz. 8:28 Odwołujący przesłał Zamawiającemu wniosek o przesłanie protokołu postępowania z załącznikami, za wyjątkiem załączników: oferty wykonawców i korespondencji

Zamawiającego z wykonawcami.

Zamawiający niezwłocznie w dniu 27.03.2018 r. w trzech wiadomościach mail przesłał Odwołującemu wnioskowane dokumenty. W przesłanych dokumentach Odwołujący otrzymał także pisemne uzasadnienia członków komisji przetargowej w zakresie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz pisemną ocenę przez ekspertów koncepcji wykonania zamówienia, stanowiącej pozacenowe kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie ze stanem faktycznym bezzasadnym jest zarzut Odwołującego dotyczący braku sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz pisemnej oceny koncepcji wykonania zamówienia ponieważ ww. czynności zostały przez Zamawiającego dokonane. Bezpodstawnym jest także zarzut ich nieudostępnienia Odwołującemu, ponieważ Zamawiający udostępnił ww. dokumenty na wniosek Odwołującego.

W ocenie Zamawiającego za bezprzedmiotowy należy także uznać zarzut Odwołującego w zakresie braku analizowania przez Zamawiającego przesłanek skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał nie tylko oceny poprawności formalnej dokonanych zastrzeżeń w oparciu o oświadczenia wykonawców, ale także podjął działania we własnym zakresie, celem ich zweryfikowania. Działania te polegały na weryfikacji stron internetowych wykonawców (w przypadku zastrzeżenia koncepcji wykonania zamówienia), weryfikacji stron internetowych wykonawcy MobileMS i jego klientów (w przypadku zastrzeżenia wykazu zrealizowanych usług). W efekcie tego działania Zamawiający zidentyfikował usługi świadczone przez MobileMS jako podwykonawca Comarch dla klienta publicznego tj. Małopolski Instytut Kultury i poinformował MobileMS o odtajnieniu w powyższym zakresie złożonego wykazu usług.

Według Zamawiającego bezzasadny jest także zarzut stawiany przez Odwołującego, dotyczący zaniechania czynności wykluczenia MobileMS z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez nieprzedstawienie dokumentu poświadczającego, że to MobileMS wykonało wdrożenie „Wirtualne Muzea Małopolski”, a także braku przedłożenia drugiej referencji. Zamawiający podał, iż MobileMS w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów, wystosowane przez Zamawiającego, w terminie złożył wymagane dokumenty, w tym m.in. wykaz usług wraz z referencjami. MobileMS w złożonym wykazie usług i załączonych referencjach wykazał wykonanie dwóch wymaganych przez Zamawiającego usług tj.

- 1) usługi „Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Systemu Wirtualne Muzea Małopolski” - załączone referencje potwierdzają, iż Mobile MS jako podwykonawca wykonał usługę),
- 2) usługi — realizacja projektu „System Obsługi Licencji Maszynistów wspierający proces składania wniosków dotyczących licencji maszynisty przez maszynistów i kandydatów na maszynistów oraz obsługę składanych wniosków dotyczących licencji dzięki zastosowaniu interakcyjnego formularza.

Zatem, zdaniem Zamawiającego, MobileMS w sposób prawidłowy wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego w powyższym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty MobileMS jako zawierającej rażąco niską cenę Zamawiający uznał, iż MobileMS w sposób prawidłowy złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a swoje pisemne uzasadnienie złożonych wyjaśnień zawarł w notatce służbowej z dnia 19.02.2018 r.

Po zapoznaniu się dokumentacją postępowania przedłożoną przez Zamawiającego, w tym treścią SIWZ, treścią oferty Przystępującego, korespondencją prowadzoną w ramach postępowania, w tym wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnieniami a także dokumentami przedłożonymi na okoliczność czynności oceny tych wyjaśnień, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, z uwagi na to, iż została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia. Wybór oferty Przystępującego skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody.

Izba stwierdziła, iż stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, Przystępujący stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Oferta Przystępującego została wybrana, jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może spowodować wykluczenie Wykonawcy z postępowania lub odrzucenie jego oferty, a tym samym może uniemożliwić uzyskanie przez tego Wykonawcę zamówienia.

Następnie, Izba ustaliła, co następuje:

Opis stanu faktycznego przez Zamawiającego, zawarty w przedstawionej powyżej odpowiedzi na odwołanie, nie został zakwestionowany przez Odwołującego, znajduje on potwierdzenie w złożonej Izbie dokumentacji postępowania, a także (w części) w odwołaniu. W związku tym nie wymaga on powtarzania.

Nie jest sporne, iż Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumenty złożone przez Przystępującego w postaci: załącznika nr 9a do SIWZ „Doświadczenie Wykonawcy - wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat usług” oraz referencji wystawionych dla obydwu usług wymienionych w tym wykazie przez: Małopolski Instytut Kultury w Krakowie i YBAH Sp. z o.o. we Wrocławiu, załącznika nr 9b do SIWZ „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z oświadczeniem, że osoby te posiadają wymagane kwalifikacje, wykształcenie i doświadczenie”, w wyłączeniu imion i nazwisk tych osób, uzasadnienia zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny oraz Koncepcji, jak również uzasadnienia zastrzeżenia załączników nr 9a i 9b do SIWZ, a także notatki członków Komisji, sporządzonej na okoliczność badania wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego oraz opinii eksperta, będącego członkiem tej Komisji, który zgłosił zdanie odrębne, co do stanowiska pozostałych członków. Odwołujący za pismem z dnia 21 lutego 2018 r. otrzymał także odtajnione w części przez Zamawiającego, z uwagi na ich ogólnodostępność, wyjaśnienia, złożone przez Przystępującego odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, iż wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania przez Zamawiającego oraz udostępnienia mu części dokumentów:

1) podtrzymuje zarzuty dotyczące:

- a) braku odtajnienia wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
- b) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 24 ust. 4 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczania Przystępującego z postępowania i zaniechanie uznania za odrzuconą oraz odrzucenia oferty, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia,
- c) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień, złożonych przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny i uznania, że cena nie jest rażąco niska, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

2) podtrzymuje żądania zawarte w odwołaniu,

3) cofa w pozostałym zakresie zarzuty.

W związku z powyższym, rozpoznaniu Izby podlega odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdził się bowiem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 24 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w złożonej przez niego ofercie. Wezwanie zostało wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, iż w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W piśmie tym Zamawiający podał, iż cena oferty Przystępującego w wysokości 1 598 877,00 zł brutto jest o 41,13% niższa od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług wynoszącej 2 715 840,00 zł, przez co wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. W piśmie tym Zamawiający zawarł wyraźnie wyartykułowany i podkreślony wymóg: „Wyjaśnienia Wykonawcy muszą być poparte stosownymi dowodami, z których będzie w sposób czytelny oraz niepodlegający wątpliwościom wynikało, iż przedstawiona w ofercie cena nie jest w sposób zamierzony zaniżona i nieadekwatna do rzeczywistej wartości zamówienia.” Dalej Zamawiający w szeregu miejscach wezwania jednoznacznie określił swoje wymagania, wskazując, iż wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, że Wykonawca musi udowodnić realność zaoferowanej ceny, że musi udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych, powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (kalkulacja). Zamawiający zastrzegł, iż Wykonawca musi wykazać m.in. jaki wpływ na zaoferowaną cenę mają poszczególne elementy Koncepcji wykonania zamówienia, załączonej do oferty oraz wskazanych w wezwaniu elementów, które należało uwzględnić przy szacowaniu wysokości wynagrodzenia, niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, w tym m.in. koszty wszystkich licencji niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania Systemu. Zamawiający w sposób szczególnie wyartykułowany zaznaczył: „Obowiązkiem Wykonawcy jest złożenie wyjaśnień, które szczegółowo przedstawiają sposób kalkulacji ceny. Wyjaśnienia te muszą być poparte stosownymi dowodami, z których będzie w sposób czytelny oraz niepodlegający wątpliwościom wynikało, iż przedstawiona w ofercie cena nie jest w sposób zamierzony zaniżona i nieadekwatna do rzeczywistej wartości zamówienia.” W wezwaniu Zamawiający kilkakrotnie wskazywał na przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przytaczając jego pełne brzmienie.

Treść wezwania jest zgodna z przepisami ustawy Pzp, jest jasna i nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości co tego, jakie wyjaśnienia Przystępujący powinien złożyć, oraz jakie niezbędne elementy powinny one zawierać, w tym, że mają zawierać stosowne dowody. Nadto Zamawiający zaznaczył w nich, iż Wykonawca może wskazać inne czynniki, niż wymienione w wezwaniu, a także stany faktyczne, które wpłynęły na przedstawioną przez niego cenę oferty.

Przystępujący złożył wyjaśnienia, jednak, w ocenie Izby, nie spełniają one wymogów określonych przez Zamawiającego w wezwaniu i w związku z tym uniemożliwiają pozytywną ich ocenę. W szczególności podkreślenia wymaga, iż wyjaśnienia nie zawierają żadnych dowodów na poparcie twierdzeń w nich zawartych, pomimo, iż wymóg ich przedłożenia wraz z wyjaśnieniami został przez Zamawiającego bardzo wyraźnie przedstawiony w wezwaniu.

Jak słusznie zauważyła w swojej Ocenie eksperckiej, dotyczącej rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Przystępującego (dalej: „Opinia”) M. Ł., będąca członkiem Komisji Zamawiającego, która zgłosiła zdanie odrębne do ustaleń pozostałych członków komisji,

wyjaśnienia MobileMS są, na tle innych wyjaśnień złożonych w tym postępowaniu, obszerne i w dużej części odpowiadają treści wezwania, jednak nie są kompletne.

W tym zakresie, na uwagę zasługuje ta część Opinii, w której członek Komisji wskazuje, że Przystępujący wprawdzie wskazał np. koszt zakupu dwóch oprogramowań, podając jednocześnie, że inne, które mają zostać wykorzystane, są bezpłatne, jednak nie podał liczby i typu licencji dla tego oprogramowania, jak również nie przedstawił dowodów na możliwość ich zakupu za wskazaną cenę. Tymczasem, jak wynika z Opinii, a czemu na rozprawie nie zaprzeczył ani Zamawiający ani Przystępujący, będący uczestnikiem postępowania, cenniki powołanego oprogramowania nie są ogólnodostępne, co uniemożliwia samodzielne zweryfikowanie przez Zamawiającego cen podanych w wyjaśnieniach.

Ponadto z Opinii wynika, iż w wyjaśnieniach odnoszących się np. do elementu ceny dotyczącego: Przygotowania szczegółowego projektu środowisk Systemu. Instalacja i konfiguracja Systemu wraz z oprogramowaniem systemowym, na wskazanej przez Zamawiającego infrastrukturze sprzętowej wraz z wyodrębnieniem i skonfigurowaniem dwóch środowisk: produkcyjnego i testowego, Przystępujący podał, iż wycena podanego w tym zakresie kosztu, powstała we współpracy z innym podmiotem, który specjalizuje się w tworzeniu dedykowanych środowisk, konfiguracją i instalacją Systemu, jednak również w tym przypadku nie przedstawił żadnych dowodów, w szczególności nie przedstawił dowodów na prawidłowość wyceny.

Z będącej w dyspozycji Zamawiającego Opinii, następnie odtajnionej przez Zamawiającego i przekazanej Odwołującemu wynika również, iż łączna wartość tylko ww. elementów ceny, która nie została wykazana przez MobileMS, jest o kilkadziesiąt tysięcy wyższa niż suma kwot odpowiadająca, przyjętej w wycenie, marży i rezerwy, co rodzi obawy czy rzeczywista wartość tych elementów nie spowoduje konsumpcji tej rezerwy i marży. Ponadto z Opinii wynika, iż wyjaśnienia nie zawierają wyjaśnień co do kosztów związanych z wykorzystaniem infrastruktury i oprogramowania na potrzeby prac deweloperskich, a także środowiska koniecznego do realizacji usług gwarancyjnych w okresie 48 miesięcy.

Powoduje to, w ocenie Izby, wątpliwości czy cena oferty jest realistyczna i pozwala na rzetelne wykonanie zamówienia, przy zagwarantowaniu zysku na tym zamówieniu dla Wykonawcy, a w konsekwencji czy oznacza ryzyko niewykonania zamówienia. Tym bardziej, iż niezależnie od braku udowodnienia ww. elementów ceny oferty, wskazanych w Opinii, Przystępujący nie przedstawił również dowodów na podane w wyjaśnieniach twierdzenia i elementy ceny w zakresie kosztów zatrudnienia. Tymczasem, jak wynika ze specyfiki zamówienia, koszty osobowe stanowią bardzo znaczącą pozycję ceny oferty.

Brak wywiązania się z zobowiązania w zakresie złożenia pełnych wyjaśnień wraz dowodami, jednoznacznie nałożonego przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia Wyjaśnień RNC i związana z tym niekompletność wyjaśnień Przystępującego wskazuje, że nie można uznać, iż Przystępujący sprostął, ciążącemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z przepisu tego, w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wynika, że wykonawca powinien nie tylko wyjaśnić, ale też udowodnić, iż podejrzenia Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny w jego ofercie są nieuzasadnione. Wykonawca w sposób niebudzący wątpliwości powinien wykazać, a zatem wyjaśnić i te wyjaśnienia poprzeć stosownymi dowodami, że cena jego oferty umożliwia mu rzetelne wykonanie i gwarantuje osiągnięcie zysku na tym zamówieniu.

Skutkiem braku złożenia prawidłowych wyjaśnień, tj. wyjaśnień popartych stosownymi dowodami, Zamawiający nie dysponuje wyjaśnieniami, jakich jednoznacznie wymagał w celu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Nie można zatem przyjąć, iż Przystępujący obalił domniemanie istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Brak żądanych przez Zamawiającego dowodów, które winny stanowić element wyjaśnień, uniemożliwia bowiem właściwą weryfikację tych wyjaśnień. Jednakże, z uwagi na samą treść wyjaśnień, w ocenie Izby, nie można jednoznacznie stwierdzić, iż oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, tj. nie jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych, wykonanie przedmiotu zamówienia, byłoby dla Przystępującego nieopłacalne.

W szczególnych okolicznościach jest możliwe dopytanie przez Zamawiającego, np. gdy chodzi o kwestie, co do których wezwania nie zawierało wzmianki, a potrzeba wyjaśnienia pojawiła się w związku z otrzymanymi rzetelnymi wyjaśnieniami, popartymi dowodami. Jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy, taka sytuacja nie występuje. Wykonawca bowiem zlekceważył treść stanowiącego wezwania i nie przedstawił żądanych w nim dowodów. Nadto ponowne wezwanie Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający bowiem odrzucił

ofertę innego Wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nieodpowiadające wymogom określonym w wezwaniu, skierowanym do niego w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny w ofercie tego Wykonawcy.

W związku z powyższym oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi samodzielną podstawę odrzucenia oferty. W doktrynie i orzecznictwie wyjaśnienia niewystarczające traktowane są na równi z niezłożeniem wyjaśnień. Przykładowo w tym zakresie należy wskazać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2010 r, sygn. akt KIO 730/10, w którym Izba wyraziła pogląd: „ W konsekwencji oferta wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień”.

Stosownie do art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. MobileMS jest uczestnikiem postępowania, jednak na rozprawie nie podjął nawet próby uzasadnienia, dlaczego nie przedstawił dowodów w swoich wyjaśnieniach, składanych w związku z podejrzeniem istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Twierdzenie Przystępującego, w tym zakresie odnoszące się jedynie do licencji, z którego wynika, iż przewidziane w jego ofercie komercyjne licencje pochodzą od jego wieloletniego partnera, z którym nie musi zawierać umów, ani pozyskiwać od niego ofert, również nie zostało poparte dowodami.

Nie potwierdził zarzut braku odtajnienia w pełnym zakresie wyjaśnień Przystępującego złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zostało wykazane, że Zamawiający dokonał oceny zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny i za pismem z dnia 21 lutego 2018 r. nr 119/ZP/2018 udostępnił Odwołującemu część tych wyjaśnień, które w ocenie Zamawiającego nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nieujawniona Odwołującemu część wyjaśnień, złożonych przez Przystępującego, pozostaje w ścisłym związku z zastrzeżoną przez tego Wykonawcę, Koncepcją wykonania zamówienia i w związku z tym analogicznie, jak Koncepcja, co do której nie zostały podtrzymane zarzuty dotyczące uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa, spełnia przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Koncepcja została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie budzi zatem wątpliwości, iż Koncepcja stanowi autorskie rozwiązanie Wykonawcy, a skoro, tak, to należy przyjąć stanowisko Zamawiającego, który uznał, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach, złożonych w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny oferty, jako dotyczące tej, objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, Koncepcji: mają wartość gospodarczą, z uwagi na to, iż stanowią m.in. źródło informacji o wdrażanych systemach, stawkach, cenach, powiązaniach gospodarczych; nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; zostały podjęte w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymienia rodzaje informacji, jakie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa. Aby takie informacje mogły być zastrzeżone, muszą posiadać wartość gospodarczą. Ujawnienie poszczególnych informacji powinno wiązać się z oceną, iż nie były jeszcze publicznie udostępnione, a ich ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy. W ocenie Izby należy również wziąć pod uwagę, iż w określonych sytuacjach, Informacja może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bowiem takie informacje, które mogą przedstawiać realną i pożądaną wartość, dla konkurencji w danej branży na rynku. Nieodtajnione przez Zamawiającego informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC dotyczące kalkulacji ceny, jako związane z Koncepcją, spełniają powyższe wymogi. Skoro dla żadnego z wykonawców, w tym Odwołującego, nie budzi wątpliwości, iż istnieje pełne uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do Koncepcji, to taki brak wątpliwości powinien także dotyczyć wyjaśnień elementów ceny, związanych z tą Koncepcją, zwłaszcza w sytuacji, gdyby ujawnienie tych elementów pozwalało na poznanie tejże Koncepcji.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu, iż przewidziany w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp zakaz objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ceny oferty, rozciąga się także na szczegółową kalkulację tej ceny zawartą w Wyjaśnieniach RNC. Stosownie bowiem do art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. poz. 915) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, natomiast kalkulacja ceny, zawierająca jej składniki, jak również należne podatki uwzględniane w cenie, wskazuje jedynie sposób wyliczenia tej ceny. Gdyby ustawodawca chciał objąć zakazem zastrzeżenia także szczegółową kalkulację ceny, to w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprowadziłby takie wyłączenie, podobnie jak to uczynił w stosunku do informacji określonych w art. 86 ust. 4 Ustawy.

Z tych względów, w ocenie Izby, Zamawiający poprzez brak odtajnienia pozostałych informacji, zawartych w wyjaśnieniach, złożonych przez Przystępującego, nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia MobileMS z postępowania.

Stosownie do Rozdziału VI pkt 2 ppkt 3 lit. a) SIWZ dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wykonawca powinien wykazać, że zrealizował 2 usługi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie i przedstawić wykaz prac zrealizowanych w ramach świadczonych usług, w tym: jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu, wdrożeniu i utrzymaniu powdrożeniowym systemu informatycznego (zbudowanego w oparciu o system dostępny na licencji open source) klasy zarządzania wiedzą do prezentowania zdigitalizowanych treści, działającego w sieci Internet, składającego się co najmniej z modułów archiwum (repozytorium), modułu webowego (portalu) o wartości co najmniej 1,5 mln zł brutto oraz jedną usługę polegającą na wykonaniu, wdrożeniu i utrzymaniu powdrożeniowym systemu informatycznego typu workflow, ułatwiający użytkownikowi wnioskowanie o dostęp do zasobów lub uprawnień, do których nie ma dostępu i przypisywanie i realizację zadań związanych z takimi wnioskami, o wartości minimum 200 000,00 zł, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz dowodami określającymi, że usługi zostały wykonane należycie. Wykaz winien być sporządzony zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ. Zamawiający wskazał także, iż dowodami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie są: referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane; oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa powyżej. Jeśli wykonawca składa oświadczenie, zobowiązany jest podać przyczyny braku możliwości uzyskania poświadczenia.

Odwołujący zarzuca w odwołaniu, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, argumentując, iż MobileMS nie przedstawił dokumentu poświadczającego, że wykonał wdrożenie „Wirtualne Muzea Małopolski” oraz nie przedłożył drugiej referencji oraz prezentuje domniemanie, iż pierwsza z usług nie zawiera się okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

Zostało natomiast wykazane, że oferta MobileMS zawiera wymagany w SIWZ Wykaz zawierający dwie wymagane w SIWZ usługi oraz, że są dołączone do niego dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie, tj. referencje wystawione przez Wirtualne Muzea Małopolski i YBAH Sp. z o.o. Oznacza to, iż argumenty przedstawione w odwołaniu na potwierdzenie zarzutu braku wykazania przez Przystępującego doświadczenia są chybione.

Na rozprawie Odwołujący podniósł, iż pierwsza z usług nie mieści się w przedziale czasowym określonym w SIWZ tj. 3 lat przed terminem składania ofert, bowiem wdrożenie nastąpiło w listopadzie 2013 r., natomiast termin składania ofert został ustalony na grudzień 2017 r., nie ma natomiast znaczenia, iż Przystępujący nadal świadczy element tej usługi w postaci utrzymania powdrożeniowego.

W ocenie Izby również ta argumentacja nie znajduje potwierdzenia. Odwołujący bagatelizuje fakt, iż z Wykazu oraz referencji złożonych przez MobileMS wynika, iż wykonał on usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu, wdrożeniu i utrzymaniu powdrożeniowym Systemu Wirtualne Muzea Małopolski, przy czym nadal trwa utrzymanie powdrożeniowe. Oznacza to, iż w ramach jednej usługi obejmującej wymagane w SIWZ elementy, w okresie ostatnich trzech lat świadczy jeden z jej elementów tj. utrzymanie

powdrożeniowe.

SIWZ nie zawiera wskazania, iż w okresie ostatnich trzech lat mają być wykonane wszystkie elementy usługi, stanowi jedynie o obowiązku wykonania usługi obejmującej ww. zakres. W związku z tym należy zgodzić się z Zamawiającym, iż warunek ten został przez MobileMS spełniony, z uwagi na to, iż wykazał on, że usługa obejmująca wszystkie wymagane elementy nie została jeszcze zakończona. Jakkolwiek, w ocenie Izby, może budzić wątpliwości, czy wykonywanie w wymaganym okresie tylko ostatniego z elementów usługi tj. utrzymania powdrożeniowego, jest wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jednak, mając na uwadze, iż chodzi o usługę o charakterze ciągłym, jak również okoliczność, iż ewentualnych wątpliwości, co do sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy, należy uznać, iż Zamawiający zasadnie uznał, iż MobileMS wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nieodrzucenie przez Zamawiającego oferty MobileMS, pomimo zaistnienia podstawy do podjęcia tej czynności, a w miejsce tego uznanie tej oferty za najkorzystniejszą, wskazuje na naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), z uwzględnieniem wpłaconego przez odwołującego wpisu i uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Przewodniczący: