

Łódź, 2 września 2024 r.

Do: **Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Muzeum Narodowe
Ziemi Przemyskiej w Przemyślu**

adres: Pl. Płk. Berka Joselewicza 1
37-700 Przemyśl,
e-mail: administracja@mnzp.pl

Wykonawca: **MobileMS Sp. z o.o.**

Adres: ul. Choczoła 23
91 – 230 Łódź
e-mail: przetargi@mobilems.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż próg unijny prowadzony pod nazwą: ZAKUP SPRZĘTU KOMPUTEROWEGO, PROGRAMU DO INWENTARYZACJI ORAZ WYPOSAŻENIA SALI AUDIOWIZUALNEJ DLA MNZP W PRZEMYŚLU.

Część I ZAKUP WRAZ Z WDROŻENIEM KOMPUTEROWEGO SYSTEMU DO EWIDENCJI ZARZĄDZANIA MUZEALIAM

ODWOŁANIE WYKONAWCY

MobileMS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „**Odwołujący**”, „**MobileMS**” lub „**Wykonawca**”) działając na podstawie przepisów art. 505 w związku z art. 513 oraz art. 515

ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych z dnia publicznym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) (dalej „**Ustawa**” lub „**PZP**”) w postępowaniu o zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest: ZAKUP SPRZĘTU KOMPUTEROWEGO, PROGRAMU DO INWENTARYZACJI ORAZ WYPOSAŻENIA SALI AUDIOWIZUALNEJ DLA MNZP W PRZEMYŚLU.

I. WNOSI NINIEJSZYM ODWOŁANIE OD:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez **fpsystem Franciszek Pacewicz** siedzibą w Wałczu (dalej „**fpsystem**”).
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę fpsystem jako niejawnych wyjaśnień uzupełniających RNC pomimo, że wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorcy a przede wszystkim zastrzeżenie jest **spóźnione** (uzasadnienie tajemnicy w zakresie cen powinno zostać przedłożone wraz z pierwszym wyjaśnieniem RNC)
3. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności oceny Wyjaśnień RNC (wraz z wyjaśnieniami uzupełniającymi) złożonych przez fpsystem w trybie art. 224 PZP;
4. niezgodnej z Ustawą **czynności ponownego wezwania** fpsystem do wyjaśnień uzupełniających RNC, w sytuacji gdy pierwsze wyjaśnienia były ogólne, lakoniczne i po tych wyjaśnieniach oferta powinna być odrzucona;
5. zaniechania odrzucenia oferty fpsystem pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 PZP;

II. ODWOŁUJĄCY ZARZUCA ZAMAWIAJĄCEMU:

1. naruszenie przepisu **art. 239 PZP z zw. z art. 16 PZP**, poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty fpsystem;
2. naruszenie przepisu **art. 18 ust. 1-3 PZP** poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji wskazanych w uzupełniających wyjaśnieniach jako poufne podczas gdy:
 - zastrzeżenie i uzasadnienie tajemnicy nastąpiło za późno – CENY i detale podane powinny być podane w pierwszych wyjaśnieniach RNC i w tym terminie zastrzeżone,

- informacje nie mają charakteru poufnego (brak spełnienia przesłanek)
- zastrzeżenie nie uzasadnia poufności informacji (ogólny charakter), gdyż nie odnosi się do konkretnych informacji

Zarzuty ewentualne dotyczące czynności dot. oferty fpsystem (Odwołujący wnosi o rozpoznanie ich przez KIO, w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 18 PZP)

3. naruszenie **art. 224 PZP w związku z art. 226 ust. Pkt 8 PZP** poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez fpsystem Wyjaśnień RNC, podczas gdy wyjaśnienia RNC fpsystem w żaden sposób nie obalają domniemana z art. 224 PZP. Są one BARDZO ogólnikowe i oprócz ogólnych informacji o systemie i wykonawcy, nie odnoszą się w żaden sposób do wyliczenia kosztów. BRAK JEST W NICH jakichkolwiek danych (matematycznych, przedstawienia kosztów) na podstawie których Zamawiający może ustalić czy cena oferty w tym postępowaniu nie jest rażąco niska. Wskazane nieprawidłowości powinny skutkować odrzuceniem oferty fpsystem.

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

W ZWIĄZKU Z POWYŻSZYM, WYKONAWCA WNOSI O:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert;
2. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. Odtajnienia informacji zawartych w uzupełnieniu wyjaśnień RNC
4. Ponowną ocenę ofert
5. Odrzucenie oferty fpsystem
6. Wybór oferty MobileMS jako najkorzystniejszej

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 Ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) PZP i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest obecnie drugą w rankingu ofert. Jednakże wygrywają ofertą fsystem powinna zostać odrzucona z uwagi na RNC, w szczególności brak WYKAZANIA WARTOŚCI MATEMATYCZNYCH OFERTY (brak jest podania jakichkolwiek kosztów wykonawcy) oraz kolejnego nieuprawnionego wezwania do RNC. Dodatkowo w wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania, co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

Formalne przesłanki wniesienia odwołania.

Odwołujący został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego w dniu 29 sierpnia 2024 roku, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 5 dniowego terminu przewidzianego w Ustawie. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania – dowód w załączeniu.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny

1. Zamawiający tj. Muzeum Narodowe Ziemi Przemyskiej w Przemyśle ogłosił przetarg na ZAKUP SPRZĘTU KOMPUTEROWEGO, PROGRAMU DO INWENTARYZACJI ORAZ WYPOSAŻENIA SALI AUDIOWIZUALNEJ DLA MNZP W PRZEMYŚLU. Oferty złożyły trzy firmy, ceny wskazanych ofert kształtowały się w sposób następujący:

WYKONAWCA	CENA OFERTY BRUTTO
-----------	--------------------

Tronus Polska Sp. z o.o.	729 805,95 zł
Fpsystem Franciszek Pacewicz	142 100,00 zł
MobileMS Sp. z o.o.	259 800,00 zł

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

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

4. W dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał I czynności wyboru fpsystem. MobileMS niezwłocznie zwrócił się do Zamawiającego o ofertę wraz z załącznikami, które wykonawca wybrany w postępowaniu złożył Zamawiającemu.

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

6. **W dniu 23.08.2024r. Zamawiający wezwał** wykonawcę biorącego udział w postępowaniu fpsystem Franciszek Pacewicz do złożenia w ramach uprzednio złożonych wyjaśnień kolejnych wyjaśnień. Dopiero Zamawiający w drugim wezwaniu nakierował fpsystem na podanie cen, wartości i okoliczności które bezwzględnie powinny znaleźć się w pierwszych wyjaśnieniach RNC.

7. Wskazać należy, że dokument z fpsystem z 15 lipca 2024 r. (I wezwanie) w żaden sposób nie może być uznany za spełniający kryteria wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a na pewno w żaden sposób nie oba domniemania rażąco niskiej ceny (zgodnie z art. 224 PZP). Pomimo to Zamawiający RAZ JESZCZE w sposób niezgodny z PZP wezwał tego wykonawcę do „wyjaśnień uzupełniających” pomimo, że PIERWSZE WYJAŚNIENIA powinny skutkować odrzuceniem oferty.

Zastrzeżenie tajemnicy firmy

8. Wykonawca fpsystem DOPIERO składając wyjaśnienia uzupełniające w zakresie wyjaśnień RNC zastrzegł pewne informacje, które de facto były **niezbędne w pierwszych** wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, jako informacje poufne. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że zastrzeżenie jest spóźnione i już z tego powodu powinno zostać uznane za formalnie niedopuszczalne.

9. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Zamawiający rażąco naruszył podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych – tj. zasadę jawności postępowania. Zgodnie z orzecznictwem KIO:

□ Wyrok z dnia 1 czerwca 2020r., KIO 539/20: Wskazać należy, że naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie.

□ Wyrok z dnia 21 listopada 2019r., KIO 2263/19: Tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego.

□ Wyrok z dnia 26 lutego 2019r., KIO 260/19: Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

□ Wyrok z dnia 7 listopada 2018r., KIO 2222/18: Izba wskazuje, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności wydatkowania na ten cel środków publicznych. Dlatego też zdecydowana większość orzecznictwa zarówno KIO jak i sądów uznaje, że tylko w sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek.

10. 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 spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu

tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego fpsystem nie wykazał spełnienia się wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

11. Wykonawca fpsystem miał obowiązek wykazania spełnienia się 3 przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.:

- 1) posiadania cech informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub inne informacje, która posiada wartość gospodarczą,
- 2) wykazania, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) wykazania podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Zdaniem Odwołującego fpsystem nie sprostął powyższemu.

12. Odwołujący wskazuje, że każde naruszenie art. 18 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 okolicznością, na którą każdemu z uczestników postępowania służy środek ochrony prawnej. Wskazała na to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 września 2015 roku, KIO 1882/15, KIO 1900/15 i KIO 1903/15: „Potwierdzone w postępowaniu odwoławczym naruszenia przepisów ustawy Pzp mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zostały więc spełnione przesłanki z art. 192 ust. 2 Pzp. Samo naruszenie zasady jawności postępowania, będącej fundamentalną regułą prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, stanowi wystarczającą przesłankę do uznania, że wypełniona została dyspozycja ww. przepisu.” oraz w wyroku z dnia 13 października 2016 roku, sygn. akt KIO 1835/16: „Ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z elementów badania i oceny ofert i nie może być oceniana w oderwaniu od tej czynności. Wadliwa ocena tej czynności dokonana przez Zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym

wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym skuteczne skorzystanie ze środków ochrony.”

15. Przedmiotowe uzasadnienie obejmuje 5,5 strony. Jednakże szczegółowa analiza wskazuje, że uzasadnienie jest ogólne, nie odnoszące się do konkretnego dokumentu:

a. Str. 1 to określenie jakie dokumenty mają być objęte tajemnicą m.in.

1. Zarządzenie o wdrożeniu instrukcji zarządzania dokumentami i nośnikami;

2. Instrukcja zarządzania systemami informatycznymi.

3. Oświadczenie pracownika o zachowaniu poufności

4. Przykład – Umowa o prowadzeniu negocjacji i o zachowaniu poufności

Jednak w żaden sposób w późniejszym czasie się do nich nie odwołuje, nie precyzuje dlaczego powinny być zastrzeżone.

b. Str. 2-4 – to ogólne stwierdzenia, podanie legalnych przesłanek, przytoczenie orzeczeń judykatury czy wpisanie zdań, które pasowałyby do każdej informacji,

c. Str. 4-6 - to pasujące do każdego projektu określenie „wartości gospodarczej” i „działań podejmowanych w celu zabezpieczenia informacji”

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

17. Wobec powyższego wyjaśnienia powinny zostać odtajnione.

Rażąco niska cena w ofercie fpsystem

18. Zamawiający oczekiwał konkretnych wyjaśnień aby móc sprawdzić podane w wyjaśnieniach kwoty, ceny, oferty podwykonawcy czy koszty pracowników. Żadna z tych

wartości nie została nawet podana, nie mówiąc o tym aby była uzasadniona. Natomiast pismo wykonawcy z dnia 15 lipca 2024 r. zawierające **jedynie 3 strony!** w swojej treści zawiera:

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

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

b. Kilka ogólnych opisowych argumentów dlaczego zdaniem tego wykonawcy są w stanie z informatyzować Zamawiającego – także bez podania jakichkolwiek danych finansowych

Dokument ten NIE ZAWIERA ŻADNEGO KONKRETNEGO UZASADNIENIA CENY. MobileMS jako aktywny uczestnik rynku zamówień publicznych, po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień RNC fpsystem wskazuje, że dokument ten ma charakter ogólny, jest to raczej generalny opisowy wzór.

19. Należy odnieść wrażenie, że jest to dokument który można przypasować do każdego postępowania o udzielenie zamówienia a nie precyzyjne wyjaśnienia RNC, z kosztami, narzutami, stawkami przewidzianymi dla konkretnego przetargu o które wnioskował Zamawiający. Co więcej załączniki do tego dokumentu także nie mogą być uznane za dowody (czyli fakty mające dla rozstrzygnięcia TEGO postępowania istotne znaczenie). Załączone dokumenty prawdopodobnie wysyłane są przez fpsystem do każdego (albo większości) wezwania RNC w różnych przetargach. Takie dokumenty można by uznać za dowód – jeżeli **wykazywałyby koszty tego konkretnego projektu**. Natomiast w wyjaśnieniach brak jest np. umów personelu kluczowego. Podanie ogólnych dokumentów ma charakter abstrakcyjny i nie obala w żaden domniemania rażąco niskiej ceny.

20. MobileMS pragnie przytoczyć twierdzenia powszechnie uznane przez KIO oraz doktrynę w odniesieniu do wyjaśnień RNC:

1. Konkretne i szczegółowe - Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny muszą być na tyle **konkretne i szczegółowe**, aby na ich podstawie zamawiający mógł dowiedzieć się, jakie czynniki spowodowały obniżenie ceny oferty i jakich oszczędności mógł dzięki nim dokonać.

2. Obowiązek podania konkretnych cen, wartości wynagrodzenia przypisanych do DANEGO projektu - W zależności od specyfiki przedmiotu zamówienia, wykonawca musi wskazać **cenę materiałów**, ceny wynajmu sprzętu, przyjęta technologie wykonania roboty budowlanej, **koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwo, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia**, zysk.

3. Konkretne dowody, czyli wykazujące cenę w DANYM projekcie - wskazane w wyjaśnieniach informacje mają **być poparte dowodami**, którymi mogą być przykładowo: bonusy w umowach z dostawcami, umowy z osobami, które będą realizować zamówienie wraz z ich wynagrodzeniem,

ewidencje wskazujące, że wykonawca jest właścicielem określonego wyposażenia, a także spójne i logiczne obliczenia zawarte w złożonych wyjaśnieniach, wskazujące, że wyliczona cena lub koszt jest racjonalnie uzasadniona.

21. Wyjaśnienia RNC fpsystem nie spełniają tych przesłanek gdyż nie ma w nich meritum czyli wyliczeń, wartości, kosztów, cen. Pomimo, że załącznik „szczegółowa kalkulacja” podaje pewne ceny - **nie ma wykazane skąd takie wartości, co się w nich zawiera, jaka jest koncepcja wyliczania np. rbh.**

22. Ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów stanowi podstawę do uznania bądź nie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z chwilą otrzymania żądania wyjaśnień na fpsystem ciążył obowiązek udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

23. W wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r., KIO 2712/12, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „celem złożenia wyjaśnień jest **umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny**, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. (...) z tego powodu powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen”.

Nieuprawnione ponowne wezwanie do uzupełnienia wyjaśnienia RNC

24. W dniu 23 sierpnia 2024 r. Zamawiając wezwał fpsystem do uzupełnienia wyjaśnień RNC, czym naruszył przepis art. 224 ust. 1 oraz art. 16 PZP. Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w swoim orzecznictwie jasno podkreśla, że jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny udzielił wyjaśnień ogólnych, nieprzekonujących, nie załączył dowodów, to w takiej sytuacji oferta wykonawcy podlega bezwzględnemu odrzuceniu.

25. We wskazanym wezwaniu do uzupełnienia wyjaśnień RNC Zamawiający sformułował kilka punktów, naprowadzając wprost fpsystem na to, że powinien on podać: ceny, wpływ na obniżenie oferty czy kalkulacje cenowe. Nadmienić tylko trzeba, że **TAKIE INFORMACJE POWINNY znaleźć się w pierwszych wyjaśnieniach RNC.**

26. Dodatkowo Odwołujący nie ma możliwości przeczytać uzupełnienia wyjaśnień w całości, gdyż większość informacji została uznana przez Zamawiającego za tajemnicę firmy. Takie

działanie stanowi dobitną praktykę utrudnienia konkurencji ustosunkowania się do wskazanych podliczeń.

27. Praktyka zastosowana przez Zamawiającego w tym postępowaniu nie może się ostać, gdyż stanowi to jawne naruszenia zasad PZP. Widać tutaj ogólną tendencję, że po bardzo lakonicznych sformułowaniach w pierwszych wyjaśnieniach RNC fpsystem, Zamawiający „stara się ratować tego wykonawcę” poprzez wskazywanie mu drogi i podawanie wytycznych jak powinny wyglądać wyjaśnienia RNC. Taka praktyka jest niedopuszczalna!

28. Wykonawca fpsystem bezspornie w pierwszych wyjaśnieniach RNC powinien podać takie informacje jak: „podania wartości zamawiania skromniejszego zestawu funkcjonalności niż Muzeo”, „Jak kosztowo przedstawiać się będą uzupełnienia systemu do potrzeb Zamawiającego”, „Jaki jest nakład pracy i co w związku z tym koszt fpsystem”. Tego typu pytania w ponownym wezwaniu RNC są niedopuszczalne i stanowią jedynie „próbę ratowania” wykonawcy przez Zamawiającego.

29. Warto także dodać, że przy tak lakonicznych wyjaśnieniach, – linia orzecznicza KIO nie dopuszcza ponownego wezwania.

KIO w wyroku z dnia 6 sierpnia 2018 r. (KIO 1358/18) podkreśliła, że “w sytuacji, gdy wykonawca składa **wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, niepoparte faktami, postępuje wbrew obowiązкови wynikającemu** z art. 90 ust. 2 Pzp. Miara należytej staranności oczekiwanej od Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia zakłada, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny oferty. Ponowne wezwanie Wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, w sytuacji gdy Wykonawca nie podał informacji żądanych przez zamawiającego, prowadzi bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

30. W tym miejscu należy podać Wyrok KIO z dnia 28 września 2018 r., KIO 1794/18 zgodnie z którym: “wezwany w sposób szczegółowy i konkretny przez zamawiającego podał jedynie **ogólne stwierdzenia, niepoparte konkretnymi kwotami i wyliczeniami** żądanymi przez zamawiającego, wskazującymi na sposób obliczenia ceny oferty. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie.”

31. Tak samo - W wyroku z dnia 17 marca 2009 r., KIO/UZP 262/09, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., V Ca 2214/06, „że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej”

32. Kolejne wezwania przy tak ogólnych wyjaśnieniach jak w przedmiotowym postępowaniu skutkują naruszeniem przepisów Ustawy. W innym wypadku Zamawiający mógłby wzywać wykonawcę „do skutku”. To znaczy aż do momentu, gdy wyjaśnienia wykonawcy spełniałyby wszystkie wymagania. To wykonawca, jako profesjonalista, ma obowiązek od razu przygotować prawidłowe wyjaśnienia.

33. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że zamawiający może ponownie zwrócić się o wyjaśnienia zaoferowanej ceny, tylko i wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia, które wykonawca złożył za pierwszym razem nie były ogólnikowe i wymijające, lecz merytoryczne. Ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione. Nie może stanowić „ratowania” oferty wówczas, gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne. Innymi słowy, brak rzetelności i staranności po stronie wykonawcy nie może uzasadniać kierowania do niego kolejnych wezwań w trybie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W przypadku, gdy wykonawca pierwotnie składa wyjaśnienia ogólne, mało rzeczowe, zamawiający ma obowiązek dokonać oceny tych wyjaśnień.

34. Na zakończenie Odwołujący wskazuje na orzeczenie **Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 3670/21**, gdzie Izba jednoznacznie stwierdza:

„Należy ponadto mieć na względzie, że ponawianie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty może następować wyłącznie w granicach wyznaczonych pierwotnie udzielonymi wyjaśnieniami. Ponawianie wyjaśnień nie może w szczególności mieć na celu uzyskania od wykonawcy informacji, których nie podał on w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, choć mógł i powinien był to uczynić.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami wykonawcy udzielonymi w piśmie z 12 listopada 2021 r. Izba zgodziła się z oceną odwołującego, że Agencja Budowlana KALDO nie udzieliła zamawiającemu wyjaśnień uzasadniających cenę oferty i w konsekwencji zamawiający nie był uprawniony do ponawiania tych wyjaśnień. Izba zwróciła uwagę, że zasadnicze wywody wyjaśnień dotyczyły zawyżenia przez zamawiającego wyceny zamówienia. Kwestia ta, jakkolwiek może być podnoszona w wyjaśnieniach, **nie zwalnia wykonawcy od podania informacji mających znaczenie dla obliczenia przez niego ceny oferty. Wezwany wykonawca nie podał takich informacji**, wskazywał jedynie na rynkowy charakter ceny swojej oferty, możliwości obniżenia ceny wynikające z przedmiotu zamówienia oraz posiadane

doświadczenie w wykonywaniu zamówień podobnych. Okoliczności te nie mogą być uznane za wyjaśnienia odpowiadające wymaganiom wynikającym z ustawy. Są to stwierdzenia o charakterze ogólnym, dotyczące całej branży i mające zastosowanie w odniesieniu do każdego wykonawcy, który chciałby ubiegać się o zamówienie w tym postępowaniu.”

35. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum odwołania.

Z poważaniem,

Załączniki:

1. KRS
2. Dowód doręczenia Zamawiającemu