**Sygn. akt: KIO 552/15**
**Sygn. akt: KIO 571/15**
**Sygn. akt: KIO 576/15**

**WYROK**
**z dnia 7 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**
**Lubomira Matczuk-Mazuś**
**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 i 2 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
1) w dniu 20 marca 2015 r. przez **Odwołującego** – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ENGAVE Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa (lider), 2) Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** (sygn. akt KIO 552/15);
2) w dniu 23 marca 2015 r., przez **Odwołującego** – **wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** (sygn. akt KIO 571/15);
3) w dniu 23 marca 2015 r. przez **Odwołującego** – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (lider), 2) Kamsoft S.A., ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice** (sygn. akt KIO 576/15),

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa,**

przy udziale:
A. wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 552/15, KIO 571/15, KIO 576/15 po stronie **Zamawiającego;**



---

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Kamsoft S.A. z siedzibą w Katowicach,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 552/15 i KIO 571/15 po stronie **Zamawiającego;**
C. wykonawcy **"Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 552/15 i KIO 576/15 po stronie **Zamawiającego;**

**orzeka:**

**1.1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 552/15;**
**1.2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 571/15;**
**1.3. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 576/15.**

2. kosztami postępowania:
2.1. w sprawie o sygn. akt KIO 552/15 obciąża **Odwołującego** – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ENGAVE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie** – i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania oraz zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2. w sprawie o sygn. akt KIO 571/15 obciąża **Odwołującego** – **wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów

postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania;

2.3. w sprawie o sygn. akt KIO 576/15 obciąża **Odwołującego** – **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Kamsoft S.A. z siedzibą w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.



---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący: ……**

**Członkowie: ……**

**……**



---

**Sygn. akt: KIO 552/15**
**Sygn. akt: KIO 571/15**
**Sygn. akt: KIO 576/15**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Świadczenie usługi utrzymania infrastruktury techniczno-systemowej (ITS) Projektu P1 wraz z instalacją i konfiguracją Podsystemów Systemu P1”.*

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2014 r., pod nr 2014/S 249-442371.

W dniu 13 marca 2015 r. Zamawiający poinformował, że w postępowaniu, jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta nr 2 złożona przez wykonawcę S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa. Zamawiający powiadomił również o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) ENGAVE Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa (lider), 2) Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa.

**Odwołanie o sygn. akt KIO 552/15.**

W dniu 20 marca 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegając się o udzielenie zamówienia: 1) ENGAVE Sp. z o.o., ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa (lider), 2) Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa (dalej: Odwołujący lub konsorcjum ENGAVE i Qumak) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert oraz wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 PZP, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP, art. 14 PZP i art. 65 Kodeksu Cywilnego oraz art. 87 ust. 1 PZP poprzez: błędną ocenę dokumentu gwarancji wadialnej i niezasadne wykluczenie Odwołującego oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień.



---

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz treści oferty Odwołującego;
2) uwzględnienie odwołania;
3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazanie unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
4) nakazanie Zamawiającemu ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
zwrot kosztów postępowania. 5)

Odwołujący wskazał, że w wyniku dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z przepisami PZP czynności i zaniechań, tj. wykluczenia Odwołującego z postępowania, narażono Odwołującego na szkodę. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Odwołujący poniesie szkodę, która polegać będzie na nieuzyskaniu zamówienia i w konsekwencji nieuzyskaniu spodziewanych dochodów. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert. Jej prawidłowa ocena prowadziłaby do uznania tej oferty za najkorzystniejszą i jej wyboru. Jednocześnie powyższe świadczy o tym, że stosownie do treści art. 192 ust. 2 PZP zarzucane naruszenie przepisów miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in., że:

Przed terminem składania ofert wniósł gwarancję wadialną, którą przekazał Zamawiającemu zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Dnia 9 marca 2015 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu korespondencję otrzymaną od ubezpieczyciela dotyczącą omyłek w wadialnej gwarancji. Zgodnie z oświadczeniem TUiR Allianz Polska S.A. w ww. gwarancji zostały popełnione dwie omyłki pisarskie. Pierwsza dotyczyła daty obowiązywania gwarancji, druga dotyczyła trybu przetargu. Zgodnie z oświadczeniem Gwaranta gwarancja powinna obowiązywać od 23 lutego do 23 kwietnia 2015 r., a nie jak omyłkowo wskazano do 03 kwietnia 2015 r. Ponadto Gwarant poinformował, że Odwołujący złożył prawidłowy wniosek o wystawienie gwarancji obejmujący cały okres związania ofertą oraz za taki właśnie okres opłacił gwarancję. Ponadto załączył sprostowanie gwarancji.

Wyżej opisane sprostowanie zostało dokonane z własnej inicjatywy Gwaranta oraz przed terminem przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oceny ofert.

Nie jest prawdą, że Odwołujący nie wniósł wadium, które zabezpiecza ofertę w okresie 60 dni. Od samego początku zamiarem Odwołującego jak również Gwaranta było



zabezpieczenie oferty na pełny termin związania ofertą. Jedynie na skutek omyłki polegającej na zamianie cyfry 2 na cyfrę 0 zamiar ten nie został wyrażony w treści dokumentu gwarancyjnego. Należy jednak zauważyć, że treść tego dokumentu została sprostowana jeszcze przed poinformowaniem o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, czynnością ubezpieczeniową. Jest to umowa między ubezpieczycielem (gwarantem) a Wykonawcą ustanawiającą beneficjentem gwarancji Zamawiającego, w której ubezpieczyciel zobowiązuje się do uiszczenia odpowiedniej kwoty na wypadek zaistnienia przesłanek określonych w art. 46 PZP. Konsekwencją zaliczenia przez ustawodawcę gwarancji ubezpieczeniowych do umów jest zaś konieczność odwołania się do reguł wykładni oświadczenia woli, o których mowa w art. 65 k.c. Powyższe prowadzi do wniosku, iż odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli. Uwzględnienie celu umowy, którym w istocie jest udzielenie zabezpieczenia Zamawiającemu i fakt wyartykułowania tegoż celu przez gwaranta w treści gwarancji, nie może prowadzić do wniosku, iż w niniejszym postępowaniu wadium nie zostało wniesione. Nieuprawionym jest pominięcie kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że przedmiotowa umowa została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia Zamawiającemu w konkretnym określonym z nazwy postępowaniu. Nadto, zaadresowanie dokumentu gwarancji do beneficjenta, jako podmiotu, który ogłosił i prowadzi wskazane w treści gwarancji postępowanie, któremu oferent złożył ofertę i na rzecz którego Gwarant zobowiązał się zapłacić sumę gwarancyjną pozwala na przyjęcie, przy uwzględnieniu kontekstu sytuacyjnego, że wolą Gwaranta było udzielenie gwarancji na pełny okres związania ofertą.

Sprzeczność pomiędzy terminem obowiązywania gwarancji określonym w treści SIWZ i określonym w gwarancji, podlega usunięciu w drodze wykładni. Nie do pogodzenia jest

bowiem cel i intencja działań Gwaranta i Odwołującego z literalną treścią gwarancji. Za całkowicie nieracjonalne i pozbawione sensu należałoby uznać działanie polegające na celowym składaniu gwarancji na niepełny okres związania ofertą. Przyjęcie koncepcji przeciwnej i oparcie się jedynie na literalnym brzmieniu przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej nie daje się pogodzić z zasadami współżycia społecznego, których uwzględnienie ma na celu uzyskanie takich wyników wykładni oświadczeń woli, które wskazują największy stopień zgodności z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi (wyrok SN z dnia 04.06.2003 r., sygn. akt 1 CKN 473/01, niepubl.).

W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy niezaspokajającej interesów jednej z nich i Zamawiającego.



Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności ubezpieczyciela, jak i racjonalnemu działaniu Odwołującemu i tym samym nie daje się pogodzić ze zgodnym zamiarem stron niniejszej umowy i jej celem.

Z utrwalonej już linii orzeczniczej Sądu Najwyższego wynika, iż dokonując oceny danych okoliczności należy kierować się racjonalnością i zachowaniem samych stron (w tym przypadku Odwołującego i Gwaranta). Taka teza wynika m.in. z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 474/07), w którym stwierdzono, że "Jeżeli wykładnia tekstu umowy budzi wątpliwości, zachodzi potrzeba ustalenia rzeczywistej treści umowy przy uwzględnieniu oświadczeń woli stron składanych przed i w trakcie zawierania umowy, według ich rozumienia przez każdą ze stron. Na tym etapie wykładni ma także znaczenie zachowanie się stron po zawarciu umowy oraz w trakcie jej wykonywania". Także w wyroku z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07) Sąd Najwyższy orzekł, że "Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Kłóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 kc). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się np. prowadzeniem działalności gospodarczej)".

Potwierdzenie możliwości zastosowania art. 65 k.c. wyrażone zostało także w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. Sądu Apelacyjnego w Szczecinie sygn. akt I ACa 728/12, gdzie Sąd uznał: "Sąd Odwoławczy nie ma wątpliwości, że przy wykładni postanowień gwarancji znajdują zastosowanie reguły interpretacyjne wynikające z art. 65 § 1 i 2 k.c., choć jednocześnie koniecznym jest uwzględnienie szczególnego charakteru tej instytucji, na co zwrócił uwagę już Sąd Okręgowy. Specyfika gwarancji ubezpieczeniowej przejawia się m.in. w tym, że strony nie uzgadniają postanowień umowy gwarancyjnej, gdyż to gwarant wystawia dokument gwarancyjny, który w niniejszym przypadku został dołączony do oferty uczestnika przetargu. Oczywiste jest, że skoro treść gwarancji nie była negocjowana pomiędzy beneficjentem a gwarantem, to nie sposób jest się kierować się przy ustaleniu treści umowy kryterium zgodnego zamiaru stron. Tym samym zwłaszcza istota i cel takiego zobowiązania gwarancyjnego, jak słusznie zauważył Sąd pierwszej instancji, powinna być uwzględniana przy



wykładni treści postanowień gwarancji, czego nie może niweczyć tylko wzgląd na zaostrzoną odpowiedzialność gwaranta "na pierwsze żądanie". Sąd Apelacyjny podnosi, że rozłożenie akcentów w art. 65 § 2 k.c. oznacza, że argumenty językowe (gramatyczne) mają znaczenie drugorzędne i ustępują argumentom odnoszącym się do woli stron, ich zamiaru i celu umowy, choć jednocześnie nie sposób zupełnie pomijać literalnego brzmienia treści oświadczeń wyrażonej na piśmie. Opierając się więc li tylko na dosłownym brzmieniu § 2 ust. 2 przedmiotowej gwarancji, jak sugeruje to apelujący, można byłoby rzeczywiście dojść do wniosku, że wyłącznie wezwanie obejmujące w swej treści oświadczenie beneficjenta dotyczące przyczyn zatrzymania wadium zobowiązuje gwaranta do wypłaty sumy

gwarancyjnej. Takie rozumienie treści gwarancji nie pozostawałoby jednak w zgodzie z istotą i celem zobowiązania gwarancyjnego, a te nakazują brać pod rozwagę dyrektywy wynikające z art. 65 k.c. (...) Nie sposób jest się więc zgodzić z oceną apelującego i powołanym przez niego poglądem wyrażonym przez przedstawicieli literatury przedmiotu, albowiem pomijają one zupełnie dyrektywy wykładni oświadczenia woli z art. 65 k.c. które nakazują tłumaczyć jego treść nie tylko ściśle przez pryzmat jego literalnego brzmienia, lecz uwzględniać także wskazane w tym przepisie argumenty pozajęzykowe. Przepis art. 65 § 2 k.c. dopuszcza zatem sytuację, w której właściwy sens oświadczenia woli (umowy) ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od "jasnego" znaczenia w świetle reguł językowych. Proces interpretacji może się zatem zakończyć dopiero wtedy, gdy treść oświadczenia woli (umowy) jest "jasna" po zastosowaniu kolejnych reguł wykładni".

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zna liczne przypadki, gdzie niezbędnym było zastosowanie wyżej opisanego podejścia do treści gwarancji. Tytułem przykładu można wskazać: wyrok o sygn. akt: KIO 883/11 z dnia 10 maja 2011 r., wyrok o sygn. akt KIO/UZP 1401/09 z dnia 8 października 2009 r., wyrok z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 150/12; wyrok z dnia 22 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 765/13 oraz sygn. akt: KIO 784/13; wyrok o sygn. akt KIO/ UZP 51/07 z dnia 10.01.2008 r.

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

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Kamsoft S.A. z siedzibą w Katowicach; Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

W toku rozprawy strony i uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowiska.



---

**Odwołanie o sygn. akt KIO 571/15.**

W dniu 23 marca 2015 r. Odwołujący – wykonawca Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (dalej: Odwołujący HP) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert, zaniechaniu zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawców w związku z wątpliwościami dotyczącymi cen znajdujących się w ofertach, zaniechaniu odrzucenia ofert mimo spełnienia ustawowych przesłanek oraz wyborze najkorzystniejszej oferty, ponieważ:

a) oferta S&T Services Polska sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w zakresie realizacji etapu I i IIb, a mimo to nie została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 90 ust 3 pzp;
b) oferta konsorcjum składającego się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A. zawiera rażąco niską cenę w zakresie realizacji etapu IIb, a mimo to nie została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 pzp;
c) oferta S&T Services Polska sp. z o.o. została złożona z naruszeniem art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mimo to nie została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w związku z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
d) oferta konsorcjum składającego się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A. została złożona z naruszeniem art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mimo to nie została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w związku z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
e) Zamawiający pomimo zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 pzp zaniechał wezwania S&T Services Polska sp. z o.o. oraz przez konsorcjum składającego się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskich cen zawartych w ich ofertach;
f) Zamawiający pomimo zaistnienia przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp nie tylko nie odrzucił ofert złożonych przez S&T Services Polska sp. z o.o. oraz przez konsorcjum składające się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A., ale także dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu;
g) Zamawiający dokonał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z

naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2, ponieważ nie zamieścił w zawiadomieniu informacji o odrzuceniu ofert złożonych przez S&T Services Polska sp. z o.o. oraz przez konsorcjum składające się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A.;



h) w wyniku ww. działań i zaniechań Zamawiającego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:
a) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
b) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez S&T Services Polska sp. z o.o. oraz przez konsorcjum składające się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A. jako ofert złożonych z naruszeniem art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawierających rażąco niską ceny;
ewentualnie
nakazanie Zamawiającemu wezwania S&T Services Polska sp. z o.o. oraz konsorcjum składającego się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp w zakresie rażąco niskich cen w ich ofertach;
c) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in., że:
Odrzucenie przez Zamawiającego ofert złożonych przez S&T Services Polska sp. z o.o. oraz przez konsorcjum składające się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A. spowodowałoby wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji - zawarcie z nim umowy. Wobec powyższego, Odwołujący posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania.
W ramach przedmiotowego Postępowania przewidziane są następujące etapy:
• Etap I (opcjonalny);
• Etap IIa;
• Etap Nb (opcjonalny) - 7 miesięcy;
• Etap IIb (opcjonalny - 1,5 miesiąca;
• Etap III (opcjonalny).
Jak widać z powyższego zestawienia jedynie etap IIa ma charakter gwarantowany, natomiast zamówienie przez Zamawiającego pozostałych etapów jest uzależnione od decyzji Zamawiającego, co wynika wprost z SIWZ (Rozdział II pkt I). W treści SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, iż w zakres zadań dla Etapu II wchodzą wyłącznie czynności polegające na szeroko pojmowanym utrzymaniu infrastruktury techniczno - systemowej (ITS) dla systemu P1. Należą do nich typowe czynności takie jak:



• stałe monitorowanie infrastruktury;
• reagowanie na występujące błędy w infrastrukturze;
• przywracanie funkcjonalności po wystąpieniu błędów;
• wdrażanie oprogramowania podsystemów;
• przygotowanie i odtwarzanie kopii zapasowych (back-up);
• aktualizacja dokumentacji itp.

Zamawiający jasno sprecyzował, że świadczenie usług utrzymaniowych dla Etapu II stanowi zamówienie podstawowe (Etap IIa) dla infrastruktury opisanej w załączniku nr 2a do OPZ oraz zamówienie opcjonalne (Etap IIb) dla infrastruktury opisanej w załączniku nr 2b do OPZ.
Porównując oba dokumenty już po bardzo wstępnej analizie łatwo zauważyć, iż liczba urządzeń oraz licencji objętych usługami utrzymaniowymi jest dla Etapu IIa i Etapu IIb niemal identyczna, a w wielu wypadkach dla Etapu IIb liczba ta jest nawet większa (ilość serwerów Blade dla Etapu IIb jest niemal czterokrotnie większa niż dla Etapu IIa, a w przypadku OS vSphere ESX Server liczba ta jest ponad pięciokrotnie większa). Odwołujący przedstawił w formie tabelarycznej krótkie podsumowanie odzwierciedlające porównanie zakresu

poszczególnych etapów:

| | Etap IIa | Etap IIb | Etap III |
|---|---|---|---|
| Ilosc serwerów Blade* | 23 | 84 | |
| Ilość serwerów Proliant* | 68 | 32 | 14 |
| OS vSphere ESX Server | 22 | 111 | |
| vSphere vCenter Server | 1 | | |
| OS Windows Server 2003 lub | 18 | 59 | 35 |
| MS SQL | 3 | 9 | 0,5 |
| MS Exch | 2 | | |
| MS Sharepoint | 2 | | |
| MS USER CAL | 159 | 50 | 40 |
| ENOD | 32 | | |
| USER | 200 | 262 | |
| SRM | 150 | | |
| Citrix XenAPP | | | |
| USER | 102 | 172 | |
| Certyfikat CERTUM Trusted SSL | 3 | | |

*bez podziału na wintel/ux

Odwołujący wskazał, że naturalnie przy analizie kosztów wykonania usługi należy brać pod uwagę pewne koszty stałe, przyjmując pewne założenia dotyczące standardu świadczonej usługi (składnik bazowy) oraz elementy zmienne związane z występującymi problemami utrzymywanej infrastruktury. Te stałe koszty muszą być wkalkulowane w realizację Etapu IIa, który ma charakter gwarantowany w przypadku zawarcia umowy na realizację przedmiotu



zamówienia. Z tymi kosztami musi się liczyć każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu. Z inną sytuacją mamy do czynienia w przypadku opcjonalnej realizacji Etapu IIb, którego koszt powinien być dla każdego wykonawcy niższy, ze względu na koszty stałe, początkowe poniesione już w związku z realizacją Etapu IIa. Oczywiste jest, iż w przypadku realizacji dwóch takich etapów odrębnie, w sposób całkowicie niezależny, koszty stałe występowałyby w obu przypadkach. Niemniej, w sytuacji, gdy wykonawca wie, że na pewno poniesie koszty stałe związane z realizacją Etapu IIa, kalkulacja kosztów za realizację Etapu IIb powinna bazować na zdecydowanie mniejszych wartościach. Każdy wykonawca oferujący taką usługę w swoim portfolio zazwyczaj potrafi nieco zmniejszyć jednostkowe koszty świadczenia usługi utrzymania po pewnym okresie początkowym. Powyższe najczęściej wynika z nabytej wiedzy o utrzymywanej infrastrukturze jak również z wyszkolenia zespołu realizującego daną usługę. Dlatego właśnie z oferty złożonej przez Odwołującego jasno wynika, że usługi utrzymania świadczone podczas Etapu IIb są tańsze od tych świadczonych w ramach Etapu IIa.

Taki oczywisty mechanizm nie występuje jednak w ofertach złożonych przez S&T Services Polska sp. z o.o. oraz przez konsorcjum składające się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A., gdzie proporcje te są całkowicie zachwiane. W obu ww. ofertach wykonawcy skalkulowali ceny za realizację poszczególnych etapów znacznie zawyżając ceny za realizację gwarantowanego Etapu IIa, oraz nieproporcjonalnie zaniżając ceny za realizację opcjonalnego Etapu IIb. Wg wyliczeń Odwołującego proporcje między cenami Etapu IIa i IIb dla S&T Services Polska sp. z o.o. wynoszą 0,3%, a dla konsorcjum składającego się z Asseco Poland S.A. oraz Kamsoft S.A. - 4,3%. Bez jakichkolwiek wątpliwości należy stwierdzić, iż ceny za realizację są zaniżone. Porównując to do oferty złożonej przez Odwołującego (gdzie proporcja wynosi 30%), uzasadnione jest twierdzenie, iż kalkulacja tych cen nie została wykonana w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

W stosunku do oferty złożonej przez S&T Services Polska sp. z o.o. należy również podnieść, iż cena za realizację Etapu I także jest zdecydowanie zaniżona. Pomimo opisanego w SIWZ dość obszernego zakresu prac polegających na:

a. Zaprojektowaniu i wdrożeniu Service Managera;
b. Wdrożeniu systemu monitoringu;
c. Wdrożeniu stosu cloudowego HP (Matrix, CSA, CA i SA);
d. Aktualizacja dokumentacji, hardening (ang.) systemów;
e. Opracowanie i wdrożenie zdalnego dostępu do infrastruktury;
f. Przygotowanie Datacenter;
g. Zapewnienie dedykowanego Kierownika Projektu.



Wykonawca ten w formularzu ofertowym wskazał cenę odpowiadającą kosztowi i co najwyżej niewielkiej marży za samo zaangażowanie Kierownika Projektu wg rynkowych cen obowiązujących na terenie Warszawy, gdzie ma być realizowane zamówienie. Należy stwierdzić, iż z przyczyn całkowicie nieznanych Odwołującemu, w ofercie tej nie skalkulowano kosztów zadań wskazanych w pkt a-g powyżej. Kalkulację tę oczywiście zrobili inni wykonawcy

(w tym Odwołujący), przez co ich oferty nie uzyskały w tym zakresie tylu punktów, ile zyskał ten wykonawca. Warto przypomnieć, że Etap I także jest elementem opcjonalnym, co może oznaczać, że prawdziwe koszty realizacji tego etapu zostały skalkulowane przez S&T Services Polska sp. z o.o. w kosztach np. Etapu IIa. Takie działanie niewątpliwie prowadzi do uznania, iż cena Etapu IIa jest rażąco niska, a taka kalkulacja stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Opisane powyżej działanie obu wykonawców wskazuje na niedozwoloną alokację kosztów wykonania elementów opcjonalnych zamówienia w kosztach Etapu IIa. Ogromna dysproporcja pomiędzy kosztami realizacji poszczególnych elementów zamówienia nie jest niczym uzasadniona, w szczególności, nie znajduje uzasadnienia w kontekście prowadzenia działalności gospodarczej na tym samym rynku z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący zarzuca obu ww. wykonawcom naruszenie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zamiar sprzedaży usług wskazanych w ofertach za cenę poniżej kosztów świadczenia tych usług w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie celem przyświecającym obu wykonawcom było wyeliminowanie konkurentów w Postępowaniu za pomocą zaniżenia cen za etapy opcjonalne, co prowadziło do utrudnienia innym oferentom dostępu do rynku, jakim w tym zakresie jest przedmiotowe Postępowanie. Działanie to nosi znamiona czynności sprzecznej z prawem oraz dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji chociażby ze względu na to, że narusza przepisy ustawy o rachunkowości (art. 7) zgodnie z którymi składniki majątku wycenia się stosując rzeczywiście poniesione na ich nabycie (wytworzenie) ceny (koszty), z zachowaniem zasady ostrożności.

Podkreślono także, że wyżej opisane działanie obu wykonawców przy jednoczesnym zaniechaniu Zamawiającego polegającego na tym, iż nie zwrócił się do nich z żądaniem wyjaśnienia cen zawartych w ofertach (mimo że porównując ceny z tymi z innych ofert powinien był powziąć uzasadnione wątpliwości), mogło doprowadzić do wydatkowania przez Zamawiającego środków publicznych niezgodnie z art. 44 ustawy o finansach publicznych. Trudno mówić o celowym i oszczędnym wydatkowaniu środków publicznych w sytuacji, gdy Zamawiający poniósłby koszty realizacji etapów opcjonalnych płacąc wynagrodzenie za Etap IIa, szczególnie w sytuacji, w której pozostałe etapy nie zostałyby zrealizowane.

Zamawiający wyraźnie podzielił przedmiot zamówienia na poszczególne etapy



wskazując równocześnie, iż część z nich ma charakter opcjonalny. Skoro Zamawiający dokonał takiego rozróżnienia, to powinni go dokonać również wykonawcy składający ofertę w Postępowaniu, kalkulując swoje ceny odrębnie dla każdego etapu z zachowaniem uczciwych praktyk rynkowych polegających między innymi na rzetelnej wycenie usług. Alokacja przeważającej części kosztów w cenie za Etap IIa jako etap gwarantowany bez wątpienia narusza dobre obyczaje jak i przepisy o rachunkowości, a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że tego typu praktyka podlegała już ocenie w postępowaniu odwoławczym, wskazując na postępowanie i wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2814/2011 i 2819/2011.

W przypadku tego postępowania Zamawiający nie dopełnił obowiązku zbadania przyczyn tak dużych dysproporcji cen w ofertach obu ww. wykonawców, pomimo iż na podstawie art 90 pzp dysponował instrumentem, który mógł mu pomóc rozwiać wątpliwości, które powinien był powziąć. Z punktu widzenia Odwołującego zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie świadczy o braku rzetelnej analizy ofert w kontekście przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie dostrzegł również ewidentnego naruszenia przez obu wykonawców przepisów o uczciwej konkurencji w wyniku własnego zaniechania rzetelnego zbadania cen dla poszczególnych etapów zamówienia.

Tym działaniem, spowodował dalsze konsekwencje swoich błędów polegające na niezgodnym z przepisami zaniechaniu odrzucenia ofert obu wykonawców (naruszenie art. 89 i 90 pzp), nieprawidłowym przyznaniu im punktacji oraz wyborze najkorzystniejszej ofert z naruszeniem przepisów pzp, uczciwej konkurencji oraz narażając się na naruszenie ustawy o finansach publicznych (art. 91 pzp, art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 44 ustawy o finansach publicznych). Następnie, Zamawiający naruszył przepis wskazany w art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp poprzez podanie błędnej informacji o dokonanym wyborze najkorzystniejszej oferty i nie umieszczenie informacji w zawiadomieniu o odrzuconych ofertach w stosunku do ofert, które spełniały ustawowe przesłanki do ich odrzucenia. Wszystkie powyższe działania cechowało naruszenie zasad uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego w rozumieniu art. 7 pzp.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Kamsoft S.A. z siedzibą w Katowicach. Izba stwierdziła skuteczność



zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył, że uwzględnia je w całości.

Przystępujący konsorcjum Asseco i Kamsoft wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości. Jednocześnie oświadczono, że sprzeciw dotyczy w istocie zarzutów odnoszących się do oferty konsorcjum Asseco i Kamsoft, gdyż w pozostałym zakresie zarzuty Odwołującego HP w zasadzie pokrywają się z zarzutami konsorcjum Asseco i Kamsoft.

Przystępujący S&T Services Polska Sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości.

W toku rozprawy strony i uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

**Odwołanie o sygn. akt KIO 576/15.**

W dniu 23 marca 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Kamsoft S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: Odwołujący Asseco i Kamsoft lub konsorcjum Asseco i Kamsoft) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy,
tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez S&T Services Polska Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy w związku z art. 90 ust. 3 Ustawy ze względu na fakt, iż oferta złożone przez S&T zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, 2)
tj. oceny złożonych przez S&T na podstawie art. 90. ust. 1 Ustawy wyjaśnień zgodnie z przepisami Ustawy;
zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, 3)
tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez S&T Services Polska Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UoZNK") ze względu na fakt, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, 4)
tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez S&T na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy ze względu na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,



5) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy,
tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez S&T, Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. (dalej „HP") i 1T CULTURE Sp. z o.o. SKA (dalej „IT CULTURE") jako niejawnych następujących dokumentów:
a) Wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług,
b) Wykaz osób,
oraz złożonych przez S&T na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) niezgodną z przepisami PZP czynność Zamawiającego polegającej na wyborze oferty S&T jako oferty najkorzystniejszej,
naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez 2)

zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S&T, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś S&T nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 2-3 Ustawy.
naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy w związku z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 3) UoZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S&T, pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia 4) oferty złożonej przez S&T, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 5) i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców przez S&T, HP i IT CULTURE:
a) złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
b) Wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług,
c) Wykaz osób,
pomimo że Informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.



Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności oceny ofert,
2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3) dokonania ponownej oceny ofert,
4) odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
5) odrzucenia oferty złożonej przez S&T,
6) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 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) Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

W zakresie zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez S&T, pomimo ze oferta te zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący wskazał m.in., że:
Zamawiający dokonał oceny 4 ofert. Budżet postępowania wynosi 5.719.500 złotych brutto. Ceny brutto ocenianych ofert w tym postępowaniu przedstawiają się następująco:
Miejsce po Wykonawca Cena brutto w PLN % budżetu
złożeniu ofert
S&T 4.507.197,24 78,80 1
Konsorcjum firm Asseco Poland S.A. - 5.238.881,20 91,59 2
Lider Konsorcjum, Kamsoft S.A. - Członek
Konsorcjum 3 HP 5.599.518,00 97,90
4 1T CULTURE 6.948.000,00 121,47

Odwołujący podniósł, że już samo porównanie cen złożonych ofert wskazuje, że cena oferty S&T jest ceną rażąco niską. Zdaniem Odwołującego cena oferty S&T jest ceną



niewiarygodną, oderwaną całkowicie od realiów rynkowych - a taka właśnie definicja rażąco

niskiej ceny przyjęta jest w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej. Istotne jest, że cena oferty S&T znacząco i rażąco (jako jedyna) odbiega od kwoty, jaką Zamawiający przewidział na realizację zamówienia, cena ta stanowi zaledwie 78,80% wartości szacunkowej zamówienia. A niewątpliwie Zamawiający szacując budżet postępowania oparł się na ekspertyzach biegłych oraz dokonał dokładnego rozpoznania rynku. Stąd też należy szacunkową wartość zamówienia uznać za odpowiedni i wiarygodny punkt odniesienia.

Także w przypadku porównania do cen rynkowych - cena oferty S&T jest ceną rażąco niską. Za cenę rynkową z całą pewnością można uznać średnią cenę złożonych ofert - wynosi ona 5.573.399,11 złotych. Tymczasem cena oferty S&T jest aż o 20% niższa od takiej średniej dla niniejszego postępowania.

Odwołujący - nie znając treści złożonych przez S&T wyjaśnień - uważa, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny, które to czynniki nie istniałyby w stosunku do wszystkich czterech wykonawców, tj. zarówno do S&T, jak i HP, IT CULTURE czy do Konsorcjum. Należy bowiem podkreślić, iż wszystkie firmy, które złożyły w przedmiotowym postępowaniu oferty, świadczą swoje usługi w oparciu o te same (lub podobne), stosowane na całym świecie metodyki i zasady, gdyż metodyki takie są standardami obowiązującymi na rynku usług i dostaw informatycznych. Ponadto wszyscy wykonawcy oferują swoim pracownikom czy podwykonawcom analogiczne wynagrodzenia oraz stosują te same rozwiązania techniczne. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowych wyjaśnieniach S&T nie wskazało żadnych czynników, które są specyficzne tylko i wyłącznie dla tego wykonawcy, a które uzasadniałyby możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie .

Z kolei brak wskazania takich czynników, które są specyficzne tylko dla wykonawcy, który składa wyjaśnienia, jest podstawą, aby uznać, że złożone wyjaśnienia nie spełniają przesłanek określonych w art. 90 ust. 1-3 Ustawy PZP, co z olei powinno skutkować odrzuceniem oferty. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wielu orzeczeniach, przykładowo: w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 roku, KIO 397/14; wyroku z dnia 20 stycznia 2015 roku, KIO 2814/14, KIO 2819/14.

Zdaniem Odwołującego S&T nie ujęło w swojej ofercie, a następnie nie wykazało w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 PZP wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Tym samym - oferta ta powinna zostać odrzucona. Wskazać należy, że na realizację przedmiotu zamówienia składa się 5 części: Etap I, Etap IIa, Etap IIb, zamówienie opcjonalne w ramach Etapu II oraz Etap III. Zamawiający określił tylko Etap IIa jako obowiązkową część zamówienia, zaś wszystkie pozostałe części zostały określone jako



zamówienia opcjonalne. Zamawiający opisał jednak bardzo szczegółowo wszystkie części zamówienia, wskazując, jakie usługi należy wykonać w poszczególnych częściach. Każda z części opcjonalnych obejmuje szeroki zakres usług, które muszą być wykonywane przez specjalistów wysokiej klasy, odnośnie których wymagania szczegółowo Zamawiający opisał. Tymczasem S&T aż 99,33% swojego wynagrodzenia przewidział na wykonanie obowiązkowego Etapu IIa, zaś na pozostałe 4 części zamówienia przewidział wyłącznie 0,67% całości wynagrodzenia, w tym na przykład na etap I S&T przewidziało wynagrodzenie w wysokości 8.472,24 złote, co stanowi 0,18% całości wynagrodzenia. Trudno sobie wyobrazić, aby w kwocie 8.472,24 złote można było wykonać przedmiot Etapu I - czyli Instalację i konfigurację ITS. To samo dotyczy także pozostałych części zamówienia - np. S&T na utrzymanie przez 7 miesięcy systemu ITS składającej się z elementów określonych w Załączniku 2b do OPZ (Etap IIb) przewidziało 17.220 złotych (koszt utrzymania miesięcznie przewidziano 2.460 złotych), zaś na zamówienia opcjonalne w ramach Etapu II już tylko 1.845 złotych. Zamówienia te obejmują zwiększenie ITS o elementy wskazane w Załączniku nr 3 do OPZ, czyli utrzymanie dodatkowego sprzętu i oprogramowania ITS, w tym między innymi: 10 serwerów wraz z oprogramowaniem systemowym, aplikacyjnym i bazami danych, 7 przełączników LAN, zapory ogniowe, szyfratory. Za 1.845 złotych nie jest możliwe zapewnienie takiego utrzymania na warunkach opisanych w OPZ (załącznik do SIWZ), przez okres 1,5 miesiąca, nie tylko wskazanych, ale wręcz żadnych elementów systemu ITS. Rodzi to istotne podejrzenie, że etap ten nie będzie wykonany należycie przez S&T, a podana cena oferty nie gwarantuje należytego wykonania.

Odwołujący wskazał, że aby wyjaśnienia złożone przez S&T można było uznać za wyjaśnienia rzeczowe, uzasadnione, spełniające wymagania określone w art. 90 Ustawy PZP - S&T powinno w tych wyjaśnieniach wykazać, jak wyceniało wszystkie elementy składowe

poszczególnych części zamówienia. Zdaniem Odwołującego S&T w swoich wyjaśnieniach nie zawarło żadnych takich danych, koniecznych do wykazania, iż cena oferty został obliczona rzetelnie, z uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. W szczególności S&T w ogóle nie podało szczegółowych kosztów pracy - które to koszty należy podać w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy PZP. Wskazać należy, że po ostatniej nowelizacji niezbędne jest właśnie wykazanie zastosowanych do obliczenia ceny oferty kosztów pracy. Jest to o tyle istotne, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił bardzo wysokie wymagania odnośnie osób, które mają realizować zamówienie. Wymagania te są tak specjalistyczne i bardzo wymagające, że S&T nie mógł zaoferować polskich specjalistów stanowiących zasoby własne do wykonania przedmiotu zamówienia, ale musiał zapewnić sobie współdziałanie specjalistów na zasadach



podwykonawstwa (czego nie dopuszcza SIWZ) lub zapewnić sobie specjalistów spoza Polski, z innych krajów Unii Europejskiej. Odwołujący swoje twierdzenia opiera na analizie dostępności zasobów na polskim rynku, dokonanej na etapie przygotowywania oferty. Stąd też Odwołujący uważa, że S&T musiało zapewnić sobie współpracę specjalistów z Niemiec, Francji czy Austrii, gdzie tacy specjaliści funkcjonują na rynku. Skutkiem powyższego jest jednak konieczność uwzględnienia w cenie oferty wynagrodzenia tych osób oraz wskazanie w cenie oferty (a następnie w wyjaśnieniach) kosztów tłumaczy. Specjalista klasy wymaganej przez Zamawiającego pozyskany z Niemiec czy Austrii zarabia co najmniej 2.000 euro miesięcznie, a jeszcze do tego należy doliczyć koszty delegacji, zakwaterowanie, itp. Z całą pewnością S&T nie ujęło tych kosztów w swoich wyjaśnieniach.

Odwołujący wskazuje, że niezależnie od faktu, czy S&T oparł swoją ofertę o zasoby specjalistów z Polski czy też z innych krajów Unii Europejskiej, to w każdym przypadku cena oferty nie obejmuje wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia. A tym samym jest to cena rażąco niska.

Odwołujący swoje powyższe twierdzenia o ogólności wyjaśnień oraz nie uwzględnieniu w nich wszystkich elementów przedmiotu zamówienia opiera na praktyce, jaka funkcjonuje w zakresie składanych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia takie zazwyczaj są ogólnikowe, zawierają jedynie ogólne odniesienia do sytuacji danego wykonawcy - jednakże nie zawierają szczegółowych wyliczeń sposobu obliczenia ceny ofertowej, w tym nie zawierają żadnych tabel z wyliczeniami ceny, opartych na szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, z których wynikałby sposób obliczenia ceny ofertowej przez danego wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień.

Wskazać też należy, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy 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. Zdaniem Odwołującego S&T nie sprostało ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania wszystkich tych elementów. Zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez S&T, pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że:

Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 UoZNK wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług



poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. S&T zaoferowało Zamawiającemu usługi świadczone przez wysoko wykwalifikowanych specjalistów znacznie poniżej ceny świadczenia tych usług. Jak wykazano powyżej - specjaliści przewidziani do realizacji zamówienia musieliby zarabiać co najmniej 2.000 euro miesięcznie, nie licząc kosztów tłumaczeń, delegacji, przelotów, zakwaterowania, itp. Przykładowo za kwotę przewidzianą na realizację Etapu I, tj. za 8.472,24 złote brutto S&T nie mógłby pokryć nawet pracy przez 1 miesiąc jednego specjalisty. Kwota 8.427,24 złote, to kwota brutto, czyli po odprowadzeniu podatku VAT S&T pozostanie 6.887,19 złotych, co stanowi około 1.600 euro.

Być może wystarczyłoby to na 8 dni pracy takiego specjalisty, gdyż należy jeszcze w tej kwocie pokryć koszty tłumacza, przelotów, delegacji i zakwaterowania. A jednocześnie trudno uznać, że jedna osoba wykona w ciągu 8 dni cały zakres zamówienia przewidziany dla Etapu I. Także w przypadku zatrudnienia polskich specjalistów kwota ta jest niewystarczająca - specjalista o wiedzy i doświadczeniu wymaganym przez Zamawiającego zarabia znacznie więcej niż średnia krajowa, a nawet niż 2krotność średniej krajowej. Zatem kwoty przewidziane przez S&T dla wszystkich opcjonalnych części zamówienia to kwoty, które stanowią zaledwie ułamek średniego wynagrodzenia dla specjalistów wskazanych w SIWZ, podobnie obejmuje tylko ułamek dostaw. Zatem oczywiste jest, że te usługi i dostawy są oferowane poniżej kosztów świadczenia usług i sprzedaży towarów.

Powyższa argumentacja dotyczy także oferty S&T w zakresie wszystkich etapów, poza Etapem IIa.

Z kolei zaoferowanie usług czy dostaw po tak niskich cenach miało na celu wyeliminowanie innych wykonawców, składających oferty w tym postępowaniu. Oferowanie takich cen ma na celu eliminację konkurencji poprzez pozyskanie kontraktów, w okresie przejściowym nawet poniżej kosztów świadczenia usług, ale za to w perspektywie długoterminowej ma to służyć zmonopolizowaniu rynku, wyeliminowaniu innych firm. Takie zachowanie realizuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Co więcej - zdaniem Odwołującego oferowanie tak niskich cen w zakresie niektórych specjalistów ma na celu wyłącznie pozyskanie zamówienia. A właśnie takie pozyskanie danego zamówienia jest eliminacją konkurencji. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2013 roku, sygn. akt KIO 267/13.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez S&T, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący wskazał, że:



---

S&T nie objęło swoją ofertą realizacji przedmiotu zamówienia przewidzianego przez Zamawiającego dla następujących części zamówienia: Etap I, Etap IIb, zamówienie opcjonalne w ramach Etapu II oraz Etap III. Wynika to z prostego porównania zakresu usług, jakie mają być wykonane w każdej z w/w wymienionych części, oraz wynagrodzenia za te części w ofercie S&T.

S&T wyceniło wszystkie swoje usługi dla Etapu I na kwotę 8.472,24 złote. Zaś Zamawiający wprost wskazał, że Etap I to instalacja i konfiguracja ITS. Należy w tym miejscu wskazać, co to jest system ITS oraz jaka jest jego wartość. Oczywiste jest bowiem, że pracochłonność i kosztochłonność konfiguracji i instalacji systemu zależy od wielkości systemu. Otóż system ITS to trzy ośrodki przetwarzania danych (pomocniczy, centralny oraz zapasowy - POPD, COPD, ZOPD) szczegółowo określone w Załącznikach nr 2a i 2b do OPZ - zawierających w sumie dla:

a) COPD/ZOPD - 254 sztuk sprzętu komputerowego (w tym 126 sztuk serwerów fizycznych, 4 biblioteki taśmowe, 4 macierze dyskowe, 78 sztuk urządzeń sieci LAN/WAN/SAN i związanych z bezpieczeństwem) oraz 110.371 sztuk różnego rodzaju licencji na oprogramowanie.
b) POPD - 201 sztuk sprzętu komputerowego (w tym 94 sztuk serwerów fizycznych, 3 biblioteki taśmowe, 4 macierze dyskowe oraz kilkadziesiąt sztuk urządzeń sieci LAN/WAN/SAN i związanych z bezpieczeństwem) oraz ponad 70.000 sztuk różnego rodzaju licencji na oprogramowanie

Ponadto Zamawiający w SIWZ przewidział że wykaz elementów ITS stanowiący Załącznik nr 2a i 2b może zostać zwiększony ilościowo w stosunku do Załącznika nr 2a i 2b przez Zamawiającego ITS maksymalnie o 10% a zwiększenie ITS nie może wpłynąć na koszt realizacji Zamówienia.

Zamawiający w SIWZ zakres usług dla Etapu I określił na 10 stronach SIWZ (str. 4 - 8 w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz całość Załącznika nr 1 do OPZ ). W Etapie I wykonawca między innymi zobowiązany jest wykonać:

a) zaopiniowanie dokumentacji Projektu PI dotyczącej ITS,
b) wsparcie merytoryczne Zamawiającemu oraz Wykonawcy Systemu PI w zakresie opracowania dokumentów projektowych dotyczących ITS,
c) wykonanie inicjalnej konfiguracji ITS,
d) okablowanie przekazanego przez Zamawiającego ITS,

e) opracowanie scenariuszy testowych umożliwiających weryfikację poprawności instalacji i konfiguracji zainstalowanych komponentów ITS w tym usług technicznych,
f) konfigurację narzędzia HP SiteScope,



g) konfigurację narzędzia HP Operations Manager,
h) konfigurację narzędzia HP SCA,
i) konfigurację narzędzia Nessus,
j) konfigurację narzędzia HP CS Matrix,
k) aktualizację i przygotowanie dokumentacji administracyjnej i eksploatacyjnej,
l) wdrożenie narzędzia HP SM,
m) opracowanie planu dostępu do ITS,
n) udostępnić Kierownika Instalacji odpowiedzialnego za koordynowanie prac nad poprawną instalacja, konfiguracja i uruchomienie ITS PI.

Jak wskazano powyżej w pkt II uzasadnienia kwota przewidziana na realizację Etapu I obejmuje co najwyżej 8 dni pracy specjalisty, który musi wykonać wszystkie w/w usługi zgodnie z wymaganiami SIWZ, co daje około 64 osobogodzin. Zważywszy, że usługi świadczone jako Kierownik Instalacji odpowiedzialny za koordynację prac zajmą co najmniej 4 godziny dziennie, to na pozostałe prace w Etapie I właściwie już S&T nie przewidziało żadnego budżetu. Skoro zaś nie wyceniło tych usług, to jest jednoznaczne z tym, że nie przewidziało ich realizacji w swojej ofercie. Należy bowiem wskazać, że zgodnie z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 pkt 13 Ustawy PZP, zamówienie publicznym jest umowa odpłatna - a zatem każdy element oferty musi być wyceniony i posiadać swoją cenę. Zaś to, co nie jest wycenione, nie jest objęte ofertą.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia złożonych przez S&T wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oraz złożonych przez S&T, HP i IT CULTURE Wykazu osób i Wykazu usług, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że:

Objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego dokonane przez wykonawców S&T, HP i IT CULTURE zastrzeżenie jawności wskazanych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych 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, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa; Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (w zakresie zarzutu z pkt II ppkt 5 odwołania). Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzut z pkt II ppkt 5 odwołania, dotyczący naruszenia 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 zastrzeżonych przez wykonawców przez S&T, HP i IT CULTURE:
a) złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

b) Wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług,
c) Wykaz osób.

Na posiedzeniu, w związku z cofnięciem zarzutu z pkt II ppkt 5 odwołania, Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości pozostałe zarzuty odwołania.

Przystępujący S&T wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 576/15.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że Odwołujący posiadają legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp. Każdy z Odwołujących, w świetle postawionych zarzutów i zakwestionowanych czynności lub zaniechań Zamawiającego, w sposób należyty wykazał wypełnienie przesłanek w postaci interesu oraz możliwości poniesienia szkody, o których mowa ww. przepisie.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani



wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp, w myśl którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała,** że **wszystkie odwołania podlegają oddaleniu.**

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 552/15**

W Ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 27 grudnia 2014 r., Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 3 lutego 2015 r., godz. 10:00 (Sekcja IV Ogłoszenia o zamówieniu, pkt IV.3.4). W Sekcji III, pkt III.1.1) ppkt III.6) Zamawiający zastrzegł, że wadium powinno obejmować cały okres związania ofertą, poczynając od daty wyznaczonej przez Zamawiającego, w której upływa termin składania ofert. W Sekcji IV, pkt IV.3.7 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą: 60 dni od ustalonej daty składania ofert. Tożsame postanowienia Zamawiający przewidział w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Rozdział III pkt III.6; Rozdział VI pkt I, pkt IV.

Pismami z dnia 15 stycznia 2015 r. oraz 30 stycznia 2015 r., Zamawiający dokonał zmiany SIWZ, wskazując m.in., że ofertę należy złożyć w siedzibie Zamawiającego do dnia 09 lutego 2015 r. do godziny 10:00, a następnie, że ofertę należy złożyć do dnia 23 lutego 2015 r., do godziny 10:00. Informacja o zmianie terminu składania ofert została podane w sprostowaniu Ogłoszenia o zamówieniu z dnia 20 stycznia 2015 r. oraz z dnia 4 lutego 2015 r.

Wykonawca konsorcjum Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie wraz z ofertą złożył gwarancję wadialną wystawioną przez TUiR Allianz Polska S.A., w której treści podany został okres: od dnia 23 lutego 2015 r. do 03 kwietnia 2015 r.

W dniu 9 marca 2015 r. wykonawca konsorcjum Engave Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Qumak S.A. z siedzibą w Warszawie przekazał Zamawiającemu oświadczenie TUiR Allianz Polska S.A., w którym wskazano, że w ww. gwarancji zostały popełnione dwie omyłki pisarskie. W treści oświadczenia wskazano, że gwarancja powinna obowiązywać od dnia 23 lutego do 23 kwietnia 2015 r., a nie jak omyłkowo wskazano do 03 kwietnia 2015 r. Ponadto, gwarant poinformował, że Odwołujący złożył wniosek o wystawienie gwarancji



obejmującej cały okres związania ofertą oraz za taki właśnie okres opłacił gwarancję. Odwołujący złożył również dokument, w którym gwarant oświadczył o sprostowaniu gwarancji.

W dniu 13 marca 2015 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, wskazując w uzasadnieniu swojej decyzji, że zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz

Rozdziałem IV podrozdział IV SIWZ termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu wynosi 60 dni. Wadium złożone przez wykonawcę w dniu składania ofert, tj.: 2015-02-23 w formie gwarancji przetargowej wystawionej przez TUiR Allianz Polska S.A., zabezpiecza ofertę w okresie 40 dni: od dnia 23 lutego 2015 r. do dnia 03 kwietnia 2015 r. W związku z powyższym Zamawiający wyklucza wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca do upływu terminu składania ofert, tj: 2015-02-23 nie wniósł wadium, które zabezpiecza ofertę w okresie 60 dni.

W ocenie Izby decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest w pełni uzasadniona. Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszeń podniesionych w treści odwołania.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował ww. przepis. W pierwszej kolejności nie można było uznać, by podnoszony przez Odwołującego fakt omyłki w treści gwarancji musiał być potraktowany przez Zamawiającego, jako zaistnienie oczywistej omyłki pisarskiej. Zapis o treści: od dnia 23 lutego 2015 r. do dnia 03 kwietnia 2015 r., nie cechuje się błędem, który kwalifikowałby go do kategorii omyłek o oczywistym charakterze. Wskazanie w treści gwarancji daty końcowej na dzień 03 kwietnia 2015 r., nie tworzyło stanu rzeczy, który mógłby *a limine* zostać uznany za nie realny, wewnętrznie sprzeczny bądź nie logiczny, a więc stanu rzeczy świadczącego – nawet w świetle doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania – o możliwości zaistnienia omyłki o kwalifikowanym charakterze. Rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej przywołane m.in. dla wykazania możliwości potraktowania błędnej daty za oczywistą omyłkę pisarską dotyczyły natomiast właśnie tego rodzaju sytuacji.

Okoliczności niniejszej sprawy, dotyczące daty końcowej wskazanej w treści gwarancji, są całkowicie odmienne od stanów faktycznych orzeczeń, które Odwołujący przywołał dla poparcia swojego stanowiska. Nie zaistniały podstawy, ani możliwość, do powzięcia w tej sprawie tożsamych wniosków i potraktowania podanej w treści gwarancji daty, za oczywistą omyłkę pisarską. Należy przy tym zwrócić uwagę na fakt, że pierwotny termin składania ofert



został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 03 lutego 2015 r. Uwzględniając termin 60-ciu dni związania ofertą, okres objęty gwarancją mógł wówczas przypadać na datę końcową: 03 kwietnia 2015 r. (60 dni) – a więc taką datę, jaka została podana w dokumencie złożonym przez Odwołującego. Termin składania ofert został jednak ostatecznie ustalony na dzień 23 lutego 2015 r. W świetle tych okoliczności podanie w treści gwarancji daty końcowej 03 kwietnia 2015 r., mogło wynikać chociażby z niedostosowania treści gwarancji lub poczynionych ustaleń stron do zmienionego terminu składania ofert.

Izba – analizując treść gwarancji – doszła do wniosku, że nie zabezpieczała ona należycie interesów Zamawiającego. Zamawiający nie miał podstaw do interpretowania gwarancji wbrew jej treści, w tym nie miał podstaw do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp nie mógł mieć zastosowania do tego dokumentu. Nie zasługiwał w konsekwencji na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela prezentowany konsekwentnie w orzecznictwie Izby pogląd, iż art. 87 ust. 1 Pzp nie znajduje zastosowania do dokumentu stanowiącego wadium (por. wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1107/14; wyrok z dnia 24 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 249/14; wyrok z dnia 26 lipca 2012 r., sygn. akt 1480/120.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 14 Pzp i art. 65 Kodeksu cywilnego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przedmiotowy przepis stanowi o czynnościach zamawiającego i wykonawców, a więc zawiera ograniczenie o

charakterze podmiotowym. Regulacja ta *expressis verbis* nie odnosi się do czynności innych podmiotów, nie będących zamawiającym lub wykonawcą. Niewątpliwie zaś podmiot wystawiający gwarancję nie posiada statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W orzecznictwie Izby, przyjmuje się jednak możliwość skorzystania z instytucji wykładni oświadczeń woli wobec treści gwarancji, przy czym tematyka dotycząca możliwości ustalenia – w drodze wykładni oświadczeń – cyfry w dacie gwarancji, która sama w sobie nie jest oczywistą omyłką pisarską, tak by data ta odpowiadała wymogom specyfikacji, nie była dotychczas szeroko analizowana.

27

---

Izba nie znalazła podstaw do uznania, by dopuszczalne – poprzez odwołanie się do reguł wykładni – było sanowanie błędnej daty, w istocie tak, by doprowadzić do zmiany treści gwarancji, wbrew temu, co zostało wyraźnie w niej zawarte.

Warto przywołać w tym miejscu stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 24 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 249/14, gdzie wskazano, że *„1. Wpisanie w gwarancji ubezpieczeniowej okresu zabezpieczenia oferty krótszego niż wymagany dyskwalifikuje taki dokument, jako wiarygodny, precyzyjny i gwarantujący zabezpieczenie oferty. 2. Deklarowany w treści wadium termin ważności wadium nie może być zmieniany i sanowany w drodze wykładni oświadczeń cywilno - prawnych na zasadzie art. 65 k.c. 3. Wadium nieodpowiadające treści SIWZ, nie jest wadium określonym w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt. 2 p.z.p. Inne rozumienie tego przepisu oznaczałoby nierówne traktowanie uczestników postępowania przetargowego. 4. Brak jest możliwości zastosowania instytucji wyjaśnienia wadium na zasadzie art. 87 ust. 1 p.z.p., bowiem wniesione wadium nie stanowi treści złożonej oferty, lecz jest zabezpieczeniem oferty”.* Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku z dnia 3 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 868/08.

W innym wyroku Izby z dnia 26 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1480/12, również podkreślono, że *„ze względu na charakter prawny gwarancji, będącej zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego – stosunku przetargowego, do interpretacji treści gwarancji wadialnej nie można stosować liberalnych zasad wykładni oświadczeń woli wskazanych w art. 65 § 1 k.c. Pewność co do wypłaty wadium musi zaistnieć już w chwili otwarcia ofert”.*

W niniejszej sprawie dokument w postaci gwarancji przetargowej bezsprzecznie nie gwarantował wypłaty wadium w całym wymaganym okresie związania ofertą. Zawierał on wadę polegającą na wpisaniu daty obowiązywania gwarancji do dnia 03 kwietnia 2015 r., co było sprzeczne z postawionym w specyfikacji wymogiem, by gwarancja obejmowała cały okres związania ofertą, poczynając od daty wyznaczonej przez Zamawiającego, w której upływał termin składania ofert. W konsekwencji wadium tego nie można uznać za spełniające wymagania ustawowe. Wykonawca zabezpieczył ofertę jedynie na 40 dni, a nie na cały 60-cio dniowy okres związania ofertą przewidziany w SIWZ. Złożone dokumenty w postaci pisma TUiR Allianz Polska S.A. z dnia 9 marca 2015 r. oraz sprostowania TUiR Allianz Polska S.A. z dnia 9 marca 2015 r. nie zmieniały faktu, że Odwołujący w chwili złożenia oferty nie zabezpieczył wadium na cały okres związania ofertą. Izba w pełni podzieliła argumentację Zamawiającego, że niezależnie od tego, czy wskazana data była wynikiem błędu, istotną kwestię było to, że oferta nie była zabezpieczona należycie w chwili jej składania i okoliczności tej nie mogło zmienić, ani podważyć, odwoływanie się do intencji wykonawcy. Kluczowe

28

---

znaczenie miała tu bowiem treść dokumentu złożonego przy ofercie. Należy wskazać, że nośnikiem wadium w postępowaniu jest właśnie gwarancja ubezpieczeniowa (art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp), a nie umowa pomiędzy wystawcą gwarancji a wykonawcą. Jeśli wystawiona gwarancja jest niezgodna z umową i wolą stron to jest to sprawa pomiędzy wykonawcą a wystawcą gwarancji, a wykładnia oświadczeń woli stron tej umowy może stanowić podstawę do oceny ewentualnych roszczeń wykonawcy z uwagi na wadliwie wystawioną treść gwarancji. Dopuszczalność dowodzenia, w oparciu o reguły wykładni oświadczeń woli, roszczeń o charakterze cywilnoprawnym przed sądem powszechnym, między stronami tej umowy, nie może być jednak argumentem przeważającym za tym, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – gdzie zarówno sama instytucja wadium, jak i dokument w postaci gwarancji ubezpieczeniowej mają szczególny charakter i znaczenie – ocena spełnienia wymogu wniesienia wadium, które powinno nastąpić w taki sposób, by dawać zamawiającemu

całkowitą pewność co do udzielonego zabezpieczenia, powinna być opierana na wykładni oświadczeń woli, a w szczególności, by wykładnia ta mogła prowadzić do nadania kluczowym elementom składanego zabezpieczenia znaczenia innego niż to, które zostało wskazane wprost w treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. Okres obowiązywania gwarancji stanowi niewątpliwie taki właśnie element kluczowy składanego zabezpieczenia. Potwierdza to chociażby zastrzeżenie poczynione w treści dokumentu, bezpośrednio po wskazanej dacie obowiązywania „od dnia 23 lutego 2015 r. do dnia 03 kwietnia 2015 r.", zgodnie z którym: „tylko żądanie otrzymane przez nas w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji. Po upływie terminu obowiązywania gwarancji, dokument niniejszy powinien być nam zwrócony". Przykładowo w wyroku KIO z dnia 26 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1413/13, Izba wskazała, że *„o ile można zgodzić się ze stanowiskiem, że nie można wyłączyć obowiązku dokonywania wykładni przez pryzmat art. 65 k.c. dokumentu gwarancji, to jednak taka wykładnia nie może prowadzić do wniosków pozostających w wyraźnej sprzeczności z treścią tego dokumentu".* Zasadą znajdującą zastosowanie na gruncie art. 65 Kodeksu cywilnego jest również to, że oświadczenia woli ujęte w formie pisemnej, czyli wyrażone w dokumencie, ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu oraz to, że nie dokonuje się wykładni tego, co jest jasne. Termin obowiązywania gwarancji został zaś jasno określony w treści złożonego dokumentu. Wadliwość tego terminu (brak zabezpieczenia oferty na cały okres związania ofertą) była jednoznaczna. Przedmiotem analizy Zamawiającego nie mogła być intencja składającego wadium, ale treść dokumentu zawierającego nie dostosowany do warunków tego postępowania termin, które to uchybienie nie mogło być sanowane w trybie wykładni tego dokumentu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt XXIII Ga 584/13).

29

---

Bez wpływu na ocenę prawidłowości decyzji Zamawiającego pozostawał fakt, że wykonawca z własnej inicjatywy, przed rozstrzygnięciem postępowania, przedłożył Zamawiającemu pisma wystawione przez TUiR Allianz Polska S.A. z dnia 9 marca 2015 r. Na gruncie ustawy Pzp nie ma procedury przewidzianej dla uzupełnienia, poprawiania, czy prostowania gwarancji ubezpieczeniowej. Tym samym oświadczenie o sprostowaniu błędu pozostawało bez znaczenia dla oceny prawidłowości złożonej gwarancji ubezpieczeniowej. Jak wskazano wcześniej, wadium w systematyce zamówień publicznych zajmuje samodzielną pozycję, w stosunku do dokumentów, o których mowa w 25 ust. 1 ustawy Pzp, składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy składanych pełnomocnictw. Jeżeli chodzi o powyższe dokumenty podmiotowe, dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań przedmiotowych czy pełnomocnictwa, prawodawca wyraźnie przewidział instytucję uzupełnienia tych kategorii dokumentów. Jednak w zakresie wadium takiej możliwości uzupełnienia treści powołanych wyżej dokumentów ustawodawca nie przewidział, co należy rozumieć, jako przejaw bardzo restrykcyjnego podejścia do sytuacji składania przez wykonawców wadliwych dokumentów wadialnych. W niniejszej sprawie Zamawiający ocenił wadium na podstawie treści gwarancji, którą otrzymał. Jest to działanie standardowe i poprawne - zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Nie zaistniały także podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dopuszczenie możliwości wydłużenia w istocie – w drodze sprostowania – terminu obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej, tak by odpowiadał on warunkom specyfikacji, byłoby działaniem, które właśnie doprowadziłoby do naruszenia ww. zasad i stanowiłoby wyraz uprzywilejowanego potraktowania wykonawcy, który dopuścił się uchybienia przy właściwym zabezpieczeniu oferty. Należy podkreślić, że wykonawca, składając ofertę i wnosząc wadium, powinien dochować należytej staranności, a więc zapoznać się z treścią gwarancji. Jest to dokument zaledwie jednostronicowy, więc błąd ten z łatwością mógł być dostrzeżony przed złożeniem oferty, zwłaszcza, że sam dokument gwarancji przetargowej został wystawiony w dniu 20 lutego 2015 r., a więc wykonawca miał jeszcze trzy dni do wyznaczonego terminu składania ofert, by dokument ten zweryfikować i podjąć działania w celu poprawienia jego treści. Przepis art. 45 ust. 6 Pzp wskazuje równoważne formy wnoszenia wadium. Skorzystanie z form innych niż wadium w pieniądzu musi zabezpieczać zamawiającego w sposób równie pełny i jednoznaczny, i to już na chwilę składania ofert, tak jakby zamawiający otrzymał zabezpieczenie w pieniądzu. Nie ulega wątpliwości, iż gdyby w sytuacji złożenia wadium w pieniądzu wykonawca wpłacił wskutek

omyłki kwotę inną niż wymagana, to nie dopuszczalne byłoby uzupełnienie tej kwoty po terminie składania ofert i uznanie spełnienia wymogu z uwagi na twierdzenia, że intencją i wolą wykonawcy, było wniesienie wadium w sposób prawidłowy. Analogicznie należy ocenić złożenie dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej na niepełny okres. Trafnie argumentował Zamawiający, że gdyby dopuścić tak szeroką wykładnię i uznanie, jako przesądzającego, argumentu o konieczności uwzględnienia intencji wykonawcy, czy okoliczności złożenia danego dokumentu, to w przypadku wadium nigdy nie można by stwierdzić błędu wykonawcy.

Niezależnie od braku możliwości sprostowania terminu gwarancji, w sposób, który prowadził w istocie do wydłużenia tego terminu do okresu odpowiadającemu wymogom specyfikacji oraz braku podstaw do uznania, by wykładania oświadczeń woli mogła w tej sprawie stanowić podstawę do przyjęcia terminu innego, niż termin wyraźnie wskazany w treści dokumentu, należy końcowo stwierdzić, że Odwołujący nie udowodnił twierdzeń podniesionych w ramach zarzutów odwołania. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Jak wskazano wcześniej podanie daty „03 kwietnia 2015 r." nie musiało być utożsamiane z omyłką pisarską, a tym bardziej nie mogło być traktowane, jako oczywista omyłka pisarska, gdyż data ta odpowiadała pierwotnemu terminowi składania ofert. W okolicznościach niniejszej sprawy także inne wersje, niż omyłka, były więc prawdopodobne, chociażby to, że tylko ta data (a nie inna) została objęta porozumieniem stron. Data 03 kwietnia 2015 r. nie była „oderwana" od treści specyfikacji, tak by można było uznać, że jedyną podstawą jej wskazania musiało być tylko omyłkowe działanie gwaranta oraz, że intencją i wolą stron było – i to już na moment złożenia oferty – wyłącznie udzielenie gwarancji na okres do dnia 23 kwietnia 2015 r. W szczególności, złożone dowody, nie pozwalały na odrzucenie, jako możliwego przebiegu zdarzeń, takiej sytuacji, iż wykonawca dopiero po terminie składania ofert zorientował się, co do błędnie podanej daty, oraz że dopiero wówczas podjął działania zmierzające do konwalidowania tego uchybienia. Odwołujący przedstawił Izbie wniosek opatrzony przez niego datą 19 lutego 2015 r., jednak dokument ten nie zawierał informacji o tym, kiedy został złożony do wystawcy gwarancji. W treści gwarancji przetargowej z dnia 20 lutego 2015 r. wskazano na to, że z uwagi na przedstawienie SIWZ niniejszego postępowania, ubezpieczyciel gwarantuje nieodwołalnie, bezwarunkowo na każde pisemne żądanie zapłatę wadium w kwocie 90.000 zł. Z treści wniosku nie wynika natomiast, by ww. dokument został przedstawiony w ramach załącznika do wniosku. W części pn. „Załączniki do wniosku" nie zostało w ogóle zaznaczone, że ww. dokument oraz Ogłoszenie o



przetargu, jak również wzór umowy, są składane – tak, jak wymagał tego formularz przedmiotowego wniosku. W części pn. „Oświadczenie" także nie zostało wyspecyfikowane, by do wniosku złożone zostały jakiekolwiek dokumenty. W tych okolicznościach, przedstawienie tego wniosku, jako okoliczności mającej przemawiać za przyjęciem korzystnej dla wykonawcy wykładni (w zasadzie wyłącznie z uwagi na podanie w jego treści okresu obowiązywania od dnia 23.02.2015 t. do 23.04.2015 r.) nie mogło stanowić rzeczowego dowodu. Z uwagi na ww. wątpliwości należało natomiast krytycznie ocenić wartość dowodową przedmiotowego dokumentu. Odwołujący nie przedstawił też dowodów, które potwierdzałyby, że już na moment złożenia ofert opłacił składkę za okres od dnia 23 lutego 2015 r. do dnia 23 kwietnia 2015 r. Złożone oświadczenia wystawcy gwarancji wskazywały jedynie na to, że składa została opłacona w całości i za cały ww. okres. Dokumenty te nie podawały natomiast, kiedy nastąpiło opłacenie składki za ww. okres. Nie można było więc wykluczyć, że opłacenie składki za okres do dnia 23 kwietnia 2015 r., mogło nastąpić dopiero po złożeniu oferty oraz po powzięciu przez wykonawcę wiedzy o zaistniałym uchybieniu. Odwołujący nie przedstawił Izbie dowodów, które jednoznacznie eliminowałyby powyższe wątpliwości. To jego zaś obowiązkiem było przedstawienie dowodów wykluczających inne wersje zdarzeń, niż zaistnienie omyłki, oraz udowodnienie okoliczności towarzyszących wystawieniu gwarancji – skoro powoływał się na reguły wykładni – które w sposób jednoznaczny wskazywałyby, że pierwotną, jedyną i ustaloną przed terminem składania ofert wolą stron, było udzielenie gwarancji do dnia 23 kwietnia 2015 r. Wykonawca podnosząc twierdzenia o konkretnej woli

stron powinien był to udowodnić w sposób bezsprzeczny, tak by wyeliminować wszelkie wątpliwości, czego w tej sprawie nie uczynił.

Z powyższych względów Izba oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 552/15.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, na podstawie złożonej faktury VAT, zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).



---

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 576/15**

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S&T, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś S&T nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 2-3 Ustawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W myśl art. 90 ust. 2-3 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy (ust. 2); zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie zaistniały przesłanki do uznania ceny oferty wykonawcy S&T, za cenę rażąco niską.

Należy na wstępie wskazać, że Odwołujący – konsorcjum Asseco i Kamsoft, broniąc swojej oferty w sprawie o sygn. akt KIO 571/15, podkreślał, że wobec brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zarzut rażąco niskiej ceny można postawić tylko w odniesieniu do ceny oferty, do ceny za przedmiot zamówienia, a linia orzecznicza w zakresie braku możliwości podnoszenia zarzutu rażąco niskiej ceny wyłącznie do jednego ze składników ceny jest stała i ukształtowana od lat, na którą to okoliczność wykonawca przywołał przykładowe wyroki KIO: z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1394/14, z dnia 8 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2287/11, KIO 2339/11; z dnia 10 maja 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 834/11; z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 471/11; z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 374/11; z dnia 21 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2650/1o; z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2563/10; z dnia 11 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 661/10; z dnia 12 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1594/09. Podkreślono przy tym, że powyższy jednolity pogląd Izby znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie sądów okręgowych (przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08; postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05; wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r., sygn. akt II Ca 425/05). Odwołano się także do stanowiska doktryny potwierdzającej, że zamawiający nie może opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach kalkulacyjnych, stanowiących część składową oferty (por. dr D. Szczepański „Rażąco niska cena, a czyn nieuczciwej konkurencji", „Zamówienia publiczne. Doradca", 2004, Nr 9, s. 34-40 oraz J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński,



---

W. Łysakowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego, wydanie trzecie, UZP, Warszawa 2007).

W ocenie Izby nie zaistniały podstawy by w odniesieniu tylko do oferty wykonawcy S&T czynić w tym zakresie wyłom i przesądzać o zastosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w oparciu o ceny podane w ramach poszczególnych etapów opcjonalnych, pomijając kwestię podstawową – a więc cenę całkowitą za realizację przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje jednocześnie, że powyższe zastrzeżenie zostało poczynione w sprawie odwołania o sygn. akt KIO 576/15, gdyż Odwołujący – pomimo generalnego odniesienia

zarzutu do ceny oferty – w uzasadnieniu zarzutu podniósł jednak argumentację odnoszącą się do zaniżenia ceny za etapy opcjonalne. Odwołujący, dążył więc, w ocenie Izby, do skupienia optyki na cenach za poszczególne etapy, pomimo że broniąc swojej oferty w sprawie o sygn. akt KIO 571/15, prezentował stanowisko odmienne, argumentując o konieczności badania (dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) ceny całkowitej oferty oraz o braku możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w oparciu o tylko wybrane elementy.

Nie zasługiwały na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego, że już samo porównanie cen złożonych ofert wskazuje, że cena wykonawcy S&T jest ceną rażąco niską, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Zamawiający przed ustaleniem szacunkowej wartości zamówienia podjął działania mające na celu rozpoznanie rynku, wysyłając w dniu 19 grudnia 2014 r., zapytanie w celu ustalenie wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający otrzymał jedną odpowiedź, która wpłynęła po terminie wyznaczonym na dzień 22 grudnia 2014 r. Uzyskane informacje posłużyły Zamawiającemu do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia (warto przy tym zauważyć, który z wykonawców, jako jedyny odpowiedział na zapytanie Zamawiającego – notatka z szacowania wartości szacunkowej zamówienia z dnia 22 grudnia 2014 r., pismo z dnia 19 grudnia 2014 r.).

Szacując wartość zamówienia Zamawiający przyjął:

1) dla etapu 1 – 861.000,00 zł brutto;

2) dla etapu 2:

7 miesięcy świadczenia usługi dotyczącej załącznika nr 2a do OPZ, zatem: 7 − miesięcy to jest od 1 maja 2015 r. do 30 listopada 2015 r., usługa utrzymania ITS według załącznika nr 2A do OPZ = 1.722.000,00 zł brutto (zamówienie gwarantowane),

7 miesięcy to jest od dnia 1 maja 2015 r. do 30 listopada 2015 r., usługa utrzymania − ITS według załącznika nr 2b do OPZ = 2.583.000,00 zł brutto (zamówienie opcjonalne),

Etap 2 (łącznie) – 4.305.000,00 zł brutto



1,5 miesiąca świadczenia usługi dotyczącej załącznika nr 3 do OPZ zatem: 1,5 − miesiąca to jest od 16 października 2015 r. do 30 listopada 2015 r., usługa utrzymania ITS, wynosi 553.500,00 zł brutto (zamówienie opcjonalne)

- co dało łącznie kwotę 5.719.500,00 zł brutto.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 5.719.500,00 zł brutto w zakresie zamówienia podstawowego oraz 2.859.750,00 zł w zakresie zamówień uzupełniających (protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

W odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający potwierdził, że wartość szacunkowa zamówienia podstawowego zawiera zamówienia opcjonalne i wynosi: 4 650 000,00 PLN netto. Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających do 50% wartości zamówienia podstawowego, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (przykładowo: odpowiedź na pytanie nr 322 w piśmie z dnia 30 stycznia 2015 r.).

Wykonawca S&T podał w ofercie cenę brutto za całość zamówienia w kwocie: 4.507.197,24 zł.

Odwołujący – konsorcjum Asseco i i Kamsoft podało w ofercie cenę brutto za całość zamówienia w kwocie: 5.238.881,20 zł.

Wykonawca Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. podał w ofercie cenę brutto za całość zamówienia w kwocie: 5.599.518,00 zł.

Wykonawca IT Culture Sp. z o.o. S.K.A., podał w ofercie cenę brutto za całość zamówienia w kwocie: 6.948.000,00 zł.

Wykonawca konsorcjum Engave i Qumak S.A. podał w ofercie cenę brutto za całość zamówienia: 2.990.000,00 zł.

Porównując powyższe wartości należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, by cena oferty wykonawcy S&T w sposób rażący odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia, jak również ceny Odwołującego oraz wykonawcy Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. Cena brutto oferty wykonawcy S&T nie jest w szczególności niższa o 30% od wartości zamówienia, ani średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Brak też było podstaw do uznania, by ww. cena była niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, bądź by za tą

cenę nie można było w sposób należyty wykonać całości zamówienia. Odwołujący nie przedstawił bynajmniej dowodów na te okoliczności (w relacji: cena za całość zamówienia – przedmiot zamówienia).

35

---

W toku rozprawy Zamawiający również wskazał, że suma cen z ofert wszystkich wykonawców nie jest rażąco niska oraz, że mieści się w budżecie Zamawiającego. Zamawiający wskazał przy tym, że wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, było dokonane z ostrożności. Należało więc uznać, że Zamawiający nie miał w istocie wątpliwości, co do całości ceny i tego, że cena ta nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od stanowiska, że zarzut rażąco niskiej ceny należało odnosić do ceny globalnej za całość zamówienia, i w tym ujęciu – jak wskazano powyżej – brak było podstaw do uznania ceny oferty wykonawcy S&T za cenę rażąco niską, Izba przeanalizowała kwestie odnoszące się do kosztów za poszczególne etapy, w tym etapy opcjonalne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie zastrzegł w treści SIWZ wymogu „rozbicia kosztów" odrębnie na poszczególne etapy. Zamawiający nie wymagał, by koszty zostały skalkulowane odrębnie dla każdego etapu, lecz koszty odniósł do całości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wprowadził również żadnych zapisów, które ograniczałyby wykonawcę w strategii budowania ceny, za całość zamówienia, przykładowo – nie zawarł warunku, by ceny za etapy opcjonalne musiały stanowić bądź by nie mogły przekraczać lub być niższe – od określonej procentowej wartości całości ceny lub ceny za etap gwarantowany. W rozdziale V SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny – Zamawiający wskazał w pkt 4, że ceny podane w ofercie powinny zawierać wszystkie koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu zamówienia, niezbędne dla prawidłowego i pełnego jego wykonania oraz uwzględniać wszystkie opłaty, a także podatki wynikające z realizacji zamówienia, jak również ewentualne upusty i rabaty skalkulowane przez wykonawcę. W pkt 1 rozdziału V Zamawiający wskazał, jakie ceny wykonawca ma podać w formularzu ofertowym. Wyszczególniając te ceny Zamawiający nie zastrzegł jednak w pkt 4 rozdziału V, że ceny mają zawierać koszty związane z danym etapem, lecz w sposób wyraźny odniósł wszystkie koszty do realizacji przedmiotu zamówienia, a więc całości zamówienia. Sposób ukształtowania treści specyfikacji dotyczący sposobu obliczenia ceny dawał, w ocenie Izby, możliwość i prawo wykonawcom, do skalkulowania kosztów w odniesieniu do całości zamówienia, bez konieczności przypisywania w sposób sztywny kosztów do danego etapu, zwłaszcza, że byłoby to wymogiem sztucznego rozdzielenia kosztów, jednego rodzaju, generowanych przy tym już ze względu na realizację etapu gwarantowanego (o czym poniżej), jak również ze względu na ocenę, że zamówienie to, choć podzielone na etapy opcjonalne, należało traktować w istocie, jako jedną kompleksową usługę i zamówienie podstawowe, niezbędne Zamawiającemu do zrealizowania w całości.

36

---

To cena za całość zamówienia mogła być brana pod uwagę w kontekście badania, czy nastąpiło w tym postępowaniu zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Fakt, że to cena brutto za całość zamówienia musiała stanowić podstawę powyższego badania potwierdza dodatkowo okoliczność, że w formularzu ofertowym Zamawiający przewidział dla wykonawcy oświadczenie, że cena brutto określona w pkt 3 (a więc cena brutto za całość zamówienia) zawiera wszystkie koszty. Warto również zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający dokonał modyfikacji formularza ofertowego dodając pod tabelą z cenami zapis o treści: „Wskazany okres 7 miesięcy został przyjęty do porównania cen złożonych ofert".

Jak wskazano powyżej odpowiadając na pytania wykonawców Zamawiający informował, że wartość szacunkowa zamówienia podstawowego (podkreślenie Izby) zawiera zamówienia opcjonalne. Zamawiający nie wyodrębniał dla wiedzy wykonawców wartości zamówienia podstawowego (gwarantowanego) od wartości zamówień opcjonalnych, traktując to łącznie, jako wartość zamówienia o charakterze podstawowym. Powyższe koresponduje z faktem, uznanym przez Izbę, że Zamawiający od samego początku zamierzał realizować zamówienie w całości. Potwierdził to Zamawiający w toku rozprawy, wskazując, że zamierzał udzielić zamówienia w całości, ale miał świadomość tego, że etapy opcjonalne zależą od

czynników zewnętrznych. Akcentowany był także przez Zamawiającego cel tego postępowania – a więc wykonanie tego zamówienia, bez którego zostanie zatrzymana realizacji największego w ochronie zdrowia projektu (Projektu P1).

W świetle powyższego należało uznać, że przedmiotowe postępowanie, choć podzielone na etapy opcjonalne, stanowi w istocie zamówienie na pakiet kompleksowych usług, w całości niezbędnych Zamawiającemu, od początku wszczęcia postępowania, do dokończenia projektu nadrzędnego. W niniejszej sprawie nie jest tak, że Zamawiający, już na etapie wszczęcia postępowania, nie miał pewności, co do potrzeby zrealizowania wszystkich usług, bądź że nie miał środków na sfinansowanie zamówienia w całości – i z tych przykładowo względów objął zamówienie etapami opcjonalnymi. Zamawiający wskazał, że jedynie czynniki o charakterze zewnętrznym mogły mieć wpływ na decyzję i możliwość, co do realizacji etapów opcjonalnych. Stan sprawy ustalony na moment wyrokowania nakazywał przyjęcie, że czynniki zewnętrzne nie będą stanowiły przeszkody dla zrealizowania całości przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do Etapu 1 czynnikiem zewnętrznym był jedynie czas. Zamawiający wskazał, że jeżeli do 15 kwietnia 2015 r. nie zawrze umowy to ten etap nie będzie już mógł być realizowany. Izba wskazuje przy tym, że Zamawiający zastrzegł, że etap I ma być zrealizowany do dnia 30 czerwca 2015 r. W § 2 ust. 7 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ), Zamawiający określił, że złoży pisemne zlecenie wykonania zamówienia opcjonalnego, o którym mowa w ust. 3 pkt 1, najpóźniej na 30 dni przed terminem wykonania zamówienia. W tym stanie rzeczy



Zamawiający jest uprawniony do zlecenie etapu I najpóźniej do 30 maja 2015 r. Ustalony stan sprawy potwierdził ponadto, że Zamawiający dysponuje już umowami kolokacji odnośnie dwóch ośrodków przetwarzania. Łącznie z ośrodkiem znajdującym się w siedzibie Zamawiającego, zamówienie może być więc realizowane w pełnym zakresie we wszystkich przewidzianych w SIWZ ośrodkach.

Powyższe okoliczności nakazywały postrzeganie niniejszego zamówienia, jako zamówienia na kompleksowy pakiet usług, które wykonawca będzie musiał wykonać w całości. Izba uznała argumentację wykonawcy S&T, że nie było tajemnicą, iż zostały zawarte umowy na kolokację oraz to, że Zamawiający ma już inne elementy, by realizować całość zamówienia. Pomimo wprowadzenia elementów opcjonalnych w okolicznościach tej sprawy wykonawca miał więc uzasadnione podstawy do budowania ceny swojej oferty i wewnętrznego rozkładu kosztów, przy założeniu, że w przypadku uzyskania zamówienia będzie musiał od początku realizować je w całości. Warto przytoczyć w tym miejscu wyrok KIO z dnia 6 września 2012 r., sygn. akt KIO 1807/12, w którym wskazano, że: *„Mimo braku wyraźnego ograniczenia takiego, jak w zamówieniach uzupełniających, nie było celem ustawodawcy stworzenie podstawy prawnej do zaistnienia sytuacji, w ramach której zamówienie podstawowe „obligatoryjne" będzie wobec zamówienia objętego prawem opcji miało charakter mniejszościowy. Skoro w stanie faktycznym de facto prawo opcji jest zamówieniem podstawowym, a zamówienie podstawowe niewielką opcją w skali całego zamówienia, taki stan rzeczy można zakwalifikować, jako działanie stanowiące obejście przepisów Pzp (…)".* W niniejszym postępowaniu, postrzeganie zamówienia nie, jako zamówienia od początku obejmującego konieczność wykonania wszystkich usług, mogłoby prowadzić do podobnego wniosku o „mniejszościowym charakterze" zamówienia „obligatoryjnego. Trudno także zaakceptować, by celem postępowania mogło być otrzymanie jedynie części usług (zakwalifikowanych do etapu gwarantowanego) skoro potrzebą Zamawiającego jest wykonanie tych usług w całości, gdyż to warunkuje zakończenie realizacji projektu nadrzędnego. W stanie faktycznym niniejszej sprawy należało w konsekwencji uznać, że *de facto* prawo opcji wchodzi w zakres zamówienia podstawowego, a objęcie części usług cechą opcjonalności wynikało wyłącznie z czynników zewnętrznych, które to czynniki zostały przy tym w kluczowym ich aspekcie spełnione. Odnośnie etapu I, czynnik czasu nie stanowi przeszkody w realizacji tej części usług, odnośnie zaś etapu opcjonalnego IIb, Zamawiający, jak wskazał, na etapie ogłoszenia nie miał umów na kolokację, ale w ocenie Izby, niewątpliwie prowadził działania w celu ich zawarcia, i tylko z tego względu (brak umów na kolokacje) etap ten był opcjonalny. Wobec zawarcia już tych umów na kolokację, jak również uwzględniając podnoszony przez Zamawiającego czynnik czasu oraz zamiar realizowania zamówienia w całości, można więc obecnie postrzegać te



etapy, jako etapy nie wymagające przymiotu opcjonalności (Zamawiający potrzebuje ich

realizacji i ma na to środki). W sytuacji, gdyby przedmiotowe postępowanie od początku było prowadzone, jako zamówienia na wszystkie usługi, jako usługi wchodzące w zakres podstawowych potrzeb Zamawiającego, a czynniki zewnętrzne nie determinowały możliwości ich realizacji, nie ulega wątpliwości, że cena oferty skalkulowana na wykonanie całości tych usług, z jednoczesnym wewnętrznym rozłożeniem kosztów zadania z uwzględnieniem przyznanej wykonawcom swobody w strategii budowania ceny, nie mogłaby być postrzegana za rażąco niską wyłącznie przez pryzmat cen składowych oferty. Tożsamą optykę należało przyjąć w okolicznościach niniejszej sprawy, pomimo formalnego wprowadzenia etapów opcjonalnych.

Stanowisko i argumenty Zamawiającego, co do powodów zmiany swojej wcześniejszej oceny zarówno, co do działania wykonawcy S&T w zakresie strategii budowania ceny, jak i samego charakteru tej ceny (uznanie, że nastąpiło rażące jej zaniżenie) nie zasługiwały na uznanie. Zamawiający wskazał w szczególności, że wskutek odwołań uświadomił sobie, że ceny za etapy opcjonalne zostały oderwane od rzetelnej kalkulacji i przy takiej kalkulacji Zamawiający zapłaciłby zawyżoną cenę za etap gwarantowany. Zamawiający wobec uświadomienia sobie powyższych okoliczności stwierdził także, że ma płacić cenę odpowiadającą usłudze faktycznej, a nie cenie z „papierkowej kalkulacji". Powyższe argumenty i twierdzenia nie przystają do okoliczności przedmiotowej sprawy i specyfiki tego postępowania, są przy tym – w ocenie Izby – jednokierunkowe i świadczą o zawężonym spojrzeniu na wszystkie aspekty i całość sprawy. W pierwszej kolejności, jeżeli Zamawiający obawia się „przepłacenia" za etap gwarantowany, to w zasadzie okoliczność tą powinien odnieść do wszystkich wykonawców. Etap gwarantowany (przy przyjętym założeniu świadczenia usługi przez 7 miesięcy) Zamawiający oszacował w notatce z dnia 22 grudnia 2014 r., na kwotę 1.722.000,00 zł. W każdej złożonej ofercie (nie tylko ofercie wykonawcy S&T) etap gwarantowany został podany w cenie wyższej – przykładowo: oferta konsorcjum Asseco i Kamsoft etap IIa – 4.155.772,74 zł; oferta Hewlett Packard etap IIa– 2.011.100,00 zł. Przy twierdzeniu o „oderwaniu" kalkulacji za etapy opcjonalne od kalkulacji rzeczywistej Zamawiający uwzględnił natomiast kontekst „zaniżenia ceny", ale aspekt tego „oderwania" nie został już odniesiony do ryzyka „zawyżenia" ceny za etap opcjonalny, prowadzącego do tożsamych skutków w postaci tego, że Zamawiający mógłby nie płacić za faktyczną wartość usług, a płaciłby właśnie wartość z - cytując Zamawiającego – „papierkowej kalkulacji". Szczególnie wyraźnie powyższe kwestie rysują się na tle oferty wykonawcy Hewlett Packard, które to odwołanie, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, miało stanowić podstawę do uświadomienia sobie powyższych zagrożeń. Zamawiający widząc „zagrożenie przepłacenia"



za etap gwarantowany, nie miał zastrzeżeń do tego, by za etap I, dla którego wskazał w notatce z dnia 22 grudnia 2014 r., wartość szacunkową w kwocie 861.000,00 zł brutto – i który to etap z założenia ma trwać krótko, płatność ma być za 1 wystąpienie, a więc i pracochłonność jest tu na niższym poziomie niż w dalszych etapach, rozliczanych w ujęciu miesięcznym – mógłby zapłacić kwotę 2.719.563,00 zł brutto (a więc kwotę stanowiącą w zasadzie 50% wartości całego zamówienia). Analizując wszystkie złożone oferty należało stwierdzić, że każdy z wykonawców w sposób różny i według przyjętej przez siebie strategii budowania ceny, kalkulował ostateczną cenę oferty i każdej z tych ofert można przypisać to, że w większym lub mniejszym zakresie ceny za etapy odstają (w górę lub w dół) od szacunków Zamawiającego – oprócz powyższych przykładów można wskazać także na: wycenę etapu IIa w ofercie konsorcjum Asseco Polandt i Kamsoft o wartości 4.155.772,74 zł brutto (wartość wskazana w notatce Zamawiającego – 1.722.000,00 zł brutto); wycenę etapu IIb w ofercie wykonawcy Hewlett Packard o wartości 768.845,00 zł brutto (wartość wskazana w notatce Zamawiającego – 2.583.000,00 zł brutto). Skupianie więc optyki tylko na cenach za etapy, czynienie tej kwestii podstawową dla oceny ofert, bez uwzględnienia, że to cena całkowita powinna stanowić punkt wyjścia, nie było – w ocenie Izby – działaniem uprawnionym. Nadanie cenom za poszczególne etapy opcjonalne znaczenia przesądzającego, co do prawidłowości oferty, traktowanie ich w oderwaniu od ceny za całość zamówienia, mogłoby prowadzić w konsekwencji do z gruntu błędnych wniosków i nieuprawnionej oceny ofert wykonawców. Niezrozumiałe jest przy tym stanowisko Zamawiającego, który na etapie oceny ofert i rozstrzygnięcia postępowania miał wiedzę, co do tego, że zamierza realizować całość zamówienia oraz, że czynniki zewnętrzne, takie jak czas, czy umowy na kolokację, nie powinny stanowić ostatecznie przeszkody dla pełnej realizacji zamówienia, a tym samym miał – zdaniem Izby – wiedzę, że nie powinno zaistnieć ryzyko „przepłacenia" za etap gwarantowany. Zamawiający przygotował łączny opis

wymagań dla etapu II, łącznie też przyjął szacunkową wartość etapu II (vide: notatka z dnia 22 grudnia 2014 r.). Opcjonalność etapu IIb wynikała z braku umów kolokacji, która to okoliczność już się zdezaktualizowała. Zamawiający ma więc podstawy do realizacji w całości etapu IIa i IIb, który łącznie oszacował na kwotę 4.305.000,00 zł brutto – podczas, gdy suma cen za te etapy w ofercie wybranego wykonawcy wynosi (przy założeniu 7 miesięcznego świadczenia usługi) 4.494.420,00 zł brutto – a więc cenę zbliżoną do szacunków Zamawiającego. Jest też oczywiste, że skoro Zamawiający zamierza realizować etap I, i ma do tego warunki, to wybrany wykonawca, zanim będzie mógł otrzymać wynagrodzenie za dalsze etapy, będzie musiał w sposób należyty wykonać etap I. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do uznania stanowiska, w którym Zamawiający zaakceptował przedstawiony w odwołaniach pryzmat zawężonego spojrzenia na ceny za etap gwarantowany i etapy opcjonalne, co w konsekwencji



doprowadziłoby do odrzucenia oferty, której cena całkowita nie była ceną rażąco zaniżoną, a jednocześnie była dla Zamawiającego ceną najkorzystniejszą ekonomicznie.

Odnośnie alokacji kosztów Izba uwzględniła fakt, że koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia skupiają się na kosztach pracy zespołu osób, niezbędnych do wykonania zamówienia. W Rozdziale IV SIWZ, Zamawiający wskazał niezbędną ilość, role tych osób oraz wymagania minimalne. Nie było przedmiotem sporu to, że dla wykonania tego zamówienia konieczne jest zapewnienie zespołu wykwalifikowanych i doświadczonych osób, a wymagania Zamawiającego, co do zespołu osób wykonujących zadanie są wysokie i specjalistyczne. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musiał, niezależnie od tego, czy realizowany będzie tylko etap gwarantowany, czy etapy opcjonalne, uwzględnić w całości koszty pracy tych osób. W istocie wykonawca musiał kalkulować koszty przy założeniu pełnej realizacji zamówienia. Wykonawca S&T nie zaniżył kosztów wykonania całości zamówienia. To, że podał w etapach opcjonalnych cenę w postaci wynagrodzenia nie mogło oznaczać, że wykonawca ten nie uwzględnił kosztów całości zamówienia lub, że zamierza świadczyć usługę poniżej kosztów minimalnych. Koszty te mogły bowiem zostać odniesione do całości zamówienia. Nie były one determinowane tym, czy Zamawiający skorzysta z opcji, lecz koszty ten powstawały dla wykonawcy z samego obowiązku dysponowania odpowiednim zespołem dla wykonania całości zamówienia.

Jeżeli początkowe etapy zamówienia mogą być realizowane równolegle, co potwierdził Zamawiający, ponadto skoro sam etap gwarantowany wymuszał na wykonawcy zapewnienie odpowiedniego zespołu ludzi i w zasadzie dysponowania tym zespołem przed i po wykonaniu etapu gwarantowanego, gdyż zamawiający restrykcyjnie zabezpieczył dla siebie prawo opcji (§ 2 wzoru umowy), to w istocie już dla etapu gwarantowanego wykonawca mógł kalkulować koszty, tak jak dla całego zamówienia razem z opcjami. Zasadnie argumentował wykonawca S&T, że nawet jeśli Zamawiający nie zrealizuje opcji to okoliczność ta nie musi skutkować po stronie wykonawcy mniejszymi kosztami i brak opcji nie jest dla wykonawcy – w kontekście ponoszonych kosztów – żadnym bonusem. Zespół ludzi, dla którego wynagrodzenia za pełną realizację umowy wykonawca musiał przewidzieć przy sporządzaniu oferty, w przypadku braku opcji może mieć mniej pracy, co jednak nie oznacza automatycznie mniejszych kosztów po stronie wykonawcy.

Izba podzieliła również argumentację, że swoistą sztucznością charakteryzowałby się w tym postępowaniu wymóg dzielenia kosztów na poszczególne etapy, sztywne przypisywanie kosztów jednego rodzaju i „rozbijanie" tych kosztów, pomimo że powstają one dla wykonawcy bez względu na skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji i dotyczą jednego elementu w postaci pracy ludzi, którymi wykonawca i tak musiał dysponować w odniesieniu do całego



zamówienia. Nakaz sztywnego przyporządkowania kosztów do etapów opcjonalnych nie został zawarty w treści specyfikacji. Wycena poszczególnych etapów, stanowiła w tych okolicznościach, zdaniem Izby, materię odnoszącą się do strategii budowania ceny końcowej przyjętej przez danego wykonawcę a nie materię, która mogła samodzielnie świadczyć o rażącym zaniżeniu ceny. Izba podkreśla, że Zamawiający nie wprowadził żadnych warunków dla budowania cen poszczególnych etapów.

Treść specyfikacji nie pozwala także na wniosek, by do danego etapu musiały zostać przypisane na stałe osoby z zespołu deklarowanego przez wykonawcę w treści oferty. Tym bardziej brak było podstaw do wywodzenia wymogu przypisywania kosztów pracy tych osób

tylko do danego etapu. Zamawiający wskazał natomiast w specyfikacji, że dopuszcza pełnienie jednocześnie trzech różnych ról przez jedną osobę, a więc przewidział dla wykonawcy zakres swobody w organizacji pracy w ramach realizacji zamówienia. Warto wskazać w tym miejscu także odpowiedź Zamawiającego z pisma z dnia 30 stycznia 2015 r. (pyt. 321), gdzie potwierdzono, że wykonawca będzie miał "Dostęp zdalny" do wszystkich przeznaczonych do realizacji programów narzędziowych udostępnianych przez Zamawiającego w szczególności dostęp który będzie pozwalał na monitorowanie ITS, diagnostykę i wykonywanie raportowania.

Izba wzięła także pod uwagę sposób skonstruowania przez Zamawiającego postanowień wzoru umowy, w tym dotyczących przewidywanych kar umownych oraz ich wysokości. Należy wskazać w tym miejscu na pytania wykonawców podnoszące kwestie naliczania kar umownych nie od wynagrodzenia za świadczenia, w związku z którym powstały podstawy do jej naliczenia, a więc przykładowo nie od wynagrodzenia za dany etap, lecz naliczania kar umownych od wysokości maksymalnego wynagrodzenia – a więc wynagrodzenia za całość zamówienia. W podstawie wniosków o modyfikację tych kar podnoszone było m.in., że takie rozwiązanie powoduje bardzo duże ryzyko finansowe dla wykonawcy (pytania nr 25, nr 29). Zamawiający dokonał modyfikacji w ten sposób, że wprowadził ograniczenie naliczania kar umownych do 40% maksymalnego wynagrodzenia, a więc pozostał przy odesłaniu do wynagrodzenia za całość zamówienia (§ 11 ust. 11 wzoru umowy). Przy tak ukształtowanych zapisach, w przypadku nie zlecenia etapów opcjonalnych, mogłaby zaistnieć sytuacja, w której wykonawca mógłby zostać obciążony karami umownymi w wysokości, która mogłaby – nawet przy wprowadzonym limicie 40% - przekraczać wysokość wynagrodzenia, wynikającego z jedynego pewnego dla wykonawcy źródła, a więc z etapu gwarantowanego. Etapy opcjonalne nie mogą być realizowane bez etapu gwarantowanego. Jedynie ten etap stanowił dla wykonawcy zabezpieczenie tego, że z tytułu realizacji zamówienia otrzyma wynagrodzenie pozwalające na pokrycie kosztów – które jak wcześniej



wskazano wykonawca musi ponieść i tak, niezależnie od tego, czy otrzyma do realizacji zadanie opcjonalne – oraz na wypracowanie zysku. W tym kontekście strategia zbudowania ceny poprzez oparcie jej na wynagrodzeniu za element gwarantowany, przypisanie kosztów do tego właśnie elementów, było działaniem, które mogło wynikać z racjonalności w prowadzeniu działalności gospodarczej i zapewnieniu sobie możliwości realizacji tego zamówienia z dodatnim wynikiem ekonomicznym.

W kwestii alokacji kosztów w etapie gwarantowanym, ponad to co zostało wskazane powyżej, Izba wzięła również pod uwagę podnoszoną przez wykonawcę S&T okoliczność, iż Zamawiający wprowadził zapisy pozwalające mu na nałożenie na wykonawcę, w ramach etapu gwarantowanego, obowiązku realizacji zadań przynależnych etapowi opcjonalnemu. Jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy, etap 1 do instalacja i konfiguracja ITS. W etapie 2, dotyczącym utrzymania ITS, Zamawiający przewidział Konfigurację ITS na żądanie (USL.02.04). Na stronie 11 OPZ, Zamawiający wskazał, że w zakresie usługi znajduje się wdrażanie zmian ITS na podstawie zlecenia przekazanego przez Zamawiającego. SLA dla usługi 8/5. W pozycji WYM.026 – Instalacja i konfiguracja ITS, Zamawiający wskazał, że w ramach usługi wykonawca jest zobowiązany do instalacji i konfiguracji ITS objętego niniejszym OPZ na podstawie zleceń przekazywanych przez Zamawiającego lub podmiot uprawniony do tego przez Zamawiającego. Izba uznała za przekonujące argumenty wykonawcy S&T, że – przy uwzględnieniu znaczenia tego zamówienia, jego prawidłowej, pełnej, szybkiej i sprawnej realizacji dla projektu o charakterze nadrzędnym, będącym projektem kluczowym w systemie ochrony zdrowia – wykonawca mógł mieć podstawy do założenia, iż także w etapie gwarantowanym Zamawiający w sposób wiążący będzie mógł wymagać realizacji dodatkowych zadań. Tym bardziej uzasadnione było rozłożenie kosztów na etap gwarantowany.

Kwestia alokacji kosztów wymaga każdorazowo indywidualnej oceny, uwzględniającej szczegółowe okoliczności danej sprawy. W niniejszym postępowaniu Izba nie znalazła podstaw do uznania, by zastosowana przez wykonawcę strategia zbudowania ceny za całość zamówienia naruszała przepisy ustawy Pzp, SIWZ oraz, by zaistniały przesłanki do uznania, że doszło do zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu, że wykonawca S&T nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z

którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy (ust. 2), zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub

43

---

jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadnienie postawionego zarzutu zostało oparte na ogólnych, subiektywnych przekonaniach i założeniach Odwołującego. Złożone przez wykonawcę S&T wyjaśnienia zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wycofał przy tym zarzut dotyczący nieodtajnienia przedmiotowych wyjaśnień.

Odwołujący argumentował, że wszystkie firmy, które złożyły w tym postępowaniu oferty świadczą usługi w oparciu o te same (lub podobne), stosowane na całym świecie metodyki i zasady, gdyż metodyki są standardami obowiązującymi na rynku usług i dostaw informatycznych. Standardy przywoływane przez Odwołującego nie zostały ani szczegółowo scharakteryzowane, ani nie przedstawiono na czym Odwołujący opiera twierdzenia o „obowiązującym" charakterze tych standardów, który wiązałaby każdego przedsiębiorcę, co do sposobu prowadzenia działalności gospodarczej. Postawiona teza o tożsamych metodykach i zasadach nie tylko nie została wykazana w ujęciu generalnym (odnoszącym się do rynku usług i dostaw informatycznych), ale także nie znajdowała potwierdzenia w węższym zakresie dotyczącym niniejszego zamówienia. Tezę tę podważa chociażby fakt, w jak różny sposób poszczególni wykonawcy tego postępowania skalkulowali swoje oferty i jak znaczne różnice istnieję w zakresie wyceny przez tych wykonawców etapów zamówienia. Stawiając powyższą tezę Odwołujący pominął przy tym okoliczność, że zamówienie to posiada swoją specyfikę wynikającą z tego, że wykonawca musiał w istocie skalkulować koszty pracy ludzkiej, zespołu ludzi niezbędnych do wykonania zamówienia. Należało w pełni podzielić argumentację wykonawcy S&T, że Zamawiający potwierdził, iż ma gwarancje na wszystkie komponenty (vide: odpowiedź na pytanie nr 4, nr 114, nr 314, modyfikacja załącznika nr 1 do SIWZ – OPZ strona 2 – z pisma z dnia 30 stycznia 2015 r.), a więc w tym postępowaniu wykonawca nie musi kalkulować innych kosztów niż zwyczajowo w takich zamówieniach. Warto w tym miejscu wskazać także na odpowiedzi Zamawiającego z pisma z dnia 30 stycznia 2015 r., odnoszące się do braku obowiązku dostaw (vide: odpowiedź na pytanie nr 216, 217, odpowiedź na pytanie nr 301 – z pisma z dnia 30 stycznia 2015 r.).

Równie ogólnym i nie popartym rzeczowymi dowodami było twierdzenie Odwołującego, że wszyscy wykonawcy oferują swoim pracownikom czy podwykonawcom analogiczne wynagrodzenie oraz stosują te same rozwiązania techniczne. Zasadnie wykonawca S&T przywołał okoliczności i rozstrzygnięcie ze sprawy o sygn. akt KIO 1767/13. Podobnie należało ocenić argument, jakoby wykonawca S&T nie mógł zaoferować polskich specjalistów stanowiących zasoby własne do wykonania przedmiotu zamówienia, co miałoby wynikać z analizy Odwołującego odnośnie dostępności zasobów na rynku polskim.

44

---

Brak rzeczowych podstaw stawianego zarzutu potwierdza, w ocenie Izby, kolejne stwierdzenie odwołania, gdzie podano, że Odwołujący swoje twierdzenia o ogólności wyjaśnień oraz nie uwzględnieniu w nich wszystkich elementów przedmiotu zamówienia opiera na praktyce, jaka funkcjonuje w zakresie składanych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia takie zazwyczaj są ogólnikowe, zawierają jedynie ogólne odniesienie do sytuacji danego wykonawcy. Trudno stwierdzić w oparciu o co Odwołujący postawił tezę o tego rodzaju praktyce i w oparciu o jakie podstawy przeniósł tę tezę w stosunku do złożonych w tej sprawie wyjaśnień. Należało krytycznie odnieść się do tego rodzaju sposobu dowodzenia swoich zarzutów.

Szczegółowa analiza złożonych wyjaśnień nakazywała odrzucenie powyższych argumentów i podstaw zarzutu. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były rzeczowe i poparte dowodami w postaci stosownych wyliczeń, zawartych w ich treści. W toku rozprawy Zamawiający także przyznał, że wyjaśnienia te były rzetelne. Jedynym powodem zmiany stanowiska Zamawiającego, w kwestii złożonych wyjaśnień było w istocie uznanie, na etapie postępowania odwoławczego, że wyjaśnienia te nie mogły odnosić się do całości ceny. Okoliczność ta w żadnym razie nie mogła jednak dyskwalifikować tych wyjaśnień. Jak wskazano wcześniej, wykonawca miał prawo skalkulowania kosztów w odniesieniu do całości

zamówienia, a nawet przypisać je do etapu gwarantowanego. Z uwagi na to, że złożone wyjaśnienia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba punktowo wskaże okoliczności potwierdzające ich rzetelność, bez przytaczania, czy odwoływania się w sposób szczegółowy do zawartych w tym dokumencie treści. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach odniósł się do ceny i kosztów za poszczególne etapy, a nie tylko do ceny globalnej. Wykonawca w formie tabelarycznej przedstawił informacje dotyczące wszystkich etapów w rozbiciu na pracochłonność w osobodniach, średniej stawki za dzień i wartości brutto. W ramach wyjaśnień wykonawca uwzględnił margines ryzyka wynikający z prac mogących wyniknąć dodatkowo w trakcie realizacji zamówienia, inne rodzaje ryzyk związanych z przedmiotowym kontraktem, marżę, przedstawiono także koszt jednego osobodnia kierownika projektu. Wbrew założeniom poczynionym przez Odwołującego dla uzasadnienia stawianego zarzutu, wykonawca wskazał, jak wycenił poszczególne części zamówienia, przedstawił dane potwierdzające rzetelne obliczenie ceny, w tym odniósł się do kosztów pracy (pracochłonności w osobodniach). Wykonawca opatrzył przedstawione informacje zastrzeżeniem, co do ich charakteru (bezpośrednio pod tabelą zawartą w treści wyjaśnień), uzasadnił podstawę tego zastrzeżenia, jak również podstawy i powody zastosowanej metodologii i struktury budowania ceny za całość przedmiotu zamówienia.

45

---

Należy jednocześnie podkreślić fakt, że Zamawiający w sposób ogólny sformułował wezwanie wystosowane do wykonawcy S&T. Zamawiający w istocie poprzestał na przytoczeniu brzmienia art. 90 ust. 1 Pzp. Pomimo tego, wykonawca w odpowiedzi na wezwanie odniósł się do cen za elementy opcjonalne (strona 4 in fine pisma z dnia 5 marca 2015 r.).

Wykonawca sprostał zarówno obowiązkowi przewidzianemu w art. 90 ust. 2 Pzp, jak również przedstawił wyjaśnienia wraz z odpowiednimi wyliczeniami. Analizując całościowo przedmiotowy dokument brak było podstaw do uznania, by mógł on zostać oceniony, jako potwierdzający, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie zaistniały w konsekwencji przesłanki do zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp. Ocena Zamawiającego podjęta na etapie rozstrzygnięcia przetargu było prawidłowa. W tym zakresie Izba nie znalazła podstaw do uznania, by same wyjaśnienia, czy też ocena Zamawiającego były wadliwe i naruszały przepisy ustawy Pzp.

Izba uznała także wartość dowodową zestawienia złożonego przez wykonawcę S&T, jak również uwzględniła podstawy do zastosowania wobec przedmiotowego dokumentu reżimu wynikającego z § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014.964 j.t.). Złożone zestawienie w sposób rzeczowy przedstawiało koszty dotyczące realizacji niniejszego zamówienia, związane z pracą i wynagrodzeniem osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Podane kwoty wynagrodzeń nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Wobec stanowiska o możliwości skalkulowania kosztów w odniesieniu do całości zamówienia, bez konieczności sztywnego przypisywania i dzielenia kosztów do każdego z etapów, a nawet możliwości skumulowania wynagrodzenia na etapie gwarantowanym, Izba nie uznała, by pomimo ogólnej treści wezwania Zamawiającego, istniała potrzeba ponownego wezwania wykonawcy, który niezależnie od ogólnikowego charakteru wezwania odniósł się w treści swoich wyjaśnień także do etapów opcjonalnych. Brak przedmiotowej potrzeby wynika przy tym z oceny, że cena oferty wykonawcy nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Ponadto ewentualne ponowne wezwanie nie zostało objęte zarzutami odwołania.

46

---

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S&T, pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W myśl art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003.153.1503 j.t.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (ust. 1). Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (ust. 2).

Z kolei art. 15 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby działanie wykonawcy S&T nie wypełniło żadnego z ww. przepisów, a Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaistniały przesłanki do jego zastosowania.

Przyjęty przez wykonawcę S&T sposób skalkulowania kosztów, strategia zbudowania ceny oferty nie naruszała ani przepisów prawa, ani nie pozostawała sprzeczna z dobrymi obyczajami. Jak wskazano wcześniej, każdy z wykonawców w tym postępowaniu bardzo różnie kalkulował cenę, w tym różnie wyceniano etapy opcjonalne. Przyjmując, że punktem wyjścia dla przypisania czynu nieuczciwej konkurencji miałoby stanowić niewłaściwe skalkulowanie ceny za etap opcjonalny to powyższe można by, w okolicznościach tej sprawy, odnosić w istocie do oferty każdego z wykonawców. Izba uznała argumenty wykonawcy S&T, że wskutek zastosowanej kalkulacji wykonawca nie uzyskiwał przewagi nad konkurentami, ani nie zagrażał i nie naruszał ich interesów, jak również nie utrudniał dostępu do rynku.



---

Elementem decydującym o wyborze oferty była cena brutto za całość zamówienia, a nie ceny za etapy. Ceny wskazane w odniesieniu do poszczególnych etapów nie zapewniały wykonawcy dodatkowej punktacji, gdyż ta zależało od ceny, jako całości. W rozdziale VII SIWZ – Kryteria i zasady oceny ofert – w pkt II, Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem: cena z wagą 95%, czas reakcji z wagą 5%. W opisie kryterium oceny ofert – ceny brutto, Zamawiający wskazał, że ocena złożonych ofert w zakresie przedmiotowego kryterium zostanie dokonana na podstawie podanej przez wykonawcę ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Podanie niższych cen w etapach opcjonalnych nie gwarantowało samo w sobie przewagi, ani nie stanowiło środka do uzyskania dodatkowej punktacji. Ta zależało od ceny oferty, jako ceny za całość zamówienia. Należało podzielić argumentację wykonawcy S&T, że nie sposób jest uznać, iż wykonawca poprzez niższe ceny etapów opcjonalnych mógł działać w celu eliminacji innych wykonawców z rynku.

Brak jest także podstaw, by kwalifikować działanie wykonawcy jako utrudnianie dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W samym znamieniu „utrudniania" mieści się pewna celowość, intencjonalność, a także wielokrotność działania. Izba nie podzieliła również twierdzeń Odwołującego, że powodem niższej wyceny etapów opcjonalnych była wyłącznie chęć uzyskania zamówienia. Jak wskazano wcześniej brak było podstaw do przyjęcia sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, zaś skumulowanie wynagrodzenia na etapie gwarantowanym było, w okolicznościach tego postępowania, działaniem uzasadnionym i zasługującym na akceptację.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S&T, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2

pkt 3 Pzp.

Odwołujący nie wskazał, z jakimi konkretnymi postanowieniami specyfikacji miałaby pozostawać w sprzeczności oferta wykonawcy S&T. Oparcie zarzutu niezgodności z treścią specyfikacji na założeniu, że z uwagi na niższe ceny etapów opcjonalnych wykonawca nie objął swoją ofertą realizacji przedmiotu zamówienia, należało uznać za argumentację z gruntu nieuprawnioną. Wykonawca oświadczył w formularzy ofertowym, że uznaje się związany

48

---

określonymi w treści SIWZ postanowieniami i zasadami postępowania oraz gwarantuje wykonanie zamówienia w terminach określonych w SIWZ. Oświadczeniem woli wyrażonym w ofercie wykonawca objął zamiar realizacji całości zamówienia. Jak wskazano wcześniej, wykonawca w treści złożonych wyjaśnień odniósł się także do etapów opcjonalnych, w tym przedstawił wyliczenia tabelaryczne odnoszące się także do tych etapów. Podnoszona sprzeczność zakresu usług z etapów opcjonalnych z wyceną tych usług nie świadczy przy tym o tym, że wykonawca nie objął swoją ofertą wykonania tych usług. Dowodami na postawioną tezę nie mogły być argumenty związane w istocie z zarzutem rażąco niskiej ceny. Innych dowodów Odwołujący, na poparcie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, natomiast nie przedstawił. Odnośnie możliwej strategii budowania ceny Izba wypowiedziała się szczegółowo w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Izba wskazuje ponadto, że zakres zarzutu tworzą jego podstawy faktyczne. W podstawach faktycznych zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Odwołujący nie odnosił się do Rozdziału V pkt 4 SIWZ, ani nie uzasadniał stawianego zarzutu formalnymi wymogami dotyczącymi sposobu obliczenia ceny. Dopuszczenie nowej podstawy faktycznej zarzutu byłoby obarczone wadą orzekania, co do zarzutu nie zawartego w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Niezależnie od tego, należy wskazać, że brak było podstaw do uznania, by w pkt 4 rozdziału V SIWZ, wprowadzony został obowiązek przypisania kosztów do poszczególnych etapów. Zamawiający odniósł bowiem koszty do przedmiotu zamówienia, a więc całości, a nie do etapów opcjonalnych. Oferta wykonawcy S&T zawiera natomiast wszystkie koszty wykonawcy, jakie są związane z realizacją całości zamówienia, w sposób pełny i prawidłowy.

Konsekwencją powyższej oceny jest odmowa uznania zasadności zarzutu dotyczącego niezgodności z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy S&T.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

49

---

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 571/15**

Odwołujący cofnął zarzut dotyczący zaniechania wezwania S&T do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1 Pzp – zarzut z lit. e) odwołania).

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy S&T, a odnoszących się do kwestii rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp – zarzut z lit. a) odwołania); czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – zarzut z lit. c) odwołania), Izba w całości powołuje argumentację i stanowisko przedstawione w ramach uzasadnienia odwołania o sygn. akt KIO 576/15. W sposób tożsamy Izba powołuje stanowisko, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp (zarzut z lit. f) odwołania), z uwagi na wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy S&T. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty nakierowane na wykazanie podstaw do odrzucenia tej oferty. Zarzut z lit. g) odwołania został postawiony w sposób nieuprawniony i wadliwy. Skoro Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy S&T to nie zaistniały podstawy do tego, by w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamieszczać informacje o czynnościach, których Zamawiający nie podejmował i nie miał podstaw do ich podjęcia.

W ocenie Izby, nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp (zarzut z lit.

h) odwołania), oparty na zarzutach dotyczących zaniechania odrzucenia oferty. Wobec nie uwzględnienia przedmiotowych zarzutów brak było również podstaw do uznania, by w sprawie doszło do naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Powyższe stanowisko prowadzi do wniosku, że odwołanie podlegało oddaleniu niezależnie od zarzutów skierowanych wobec oferty wykonawcy – konsorcjum Asseco oraz Kamsoft. Odwołujący zajął trzecią pozycję w rankingu ofert z łączną punktacją 80,98. Nawet w przypadku uznania zasadności zarzutów skierowanych wobec oferty wykonawcy z pozycji drugiej – konsorcjum wykonawców Asseco oraz Kamsoft – nie miało by to wpływu na wynik postępowania, skoro Izba nie znalazła podstaw do uznania zarzutów odnoszących się do wykonawcy z pozycji pierwszej rankingu (wykonawcy S&T). Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że zarzuty skierowane wobec wykonawcy – konsorcjum Asseco oraz Kamsoft – nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Asseco oraz Kamsoft, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w zakresie realizacji etapu IIb, należy przywołać przedstawioną wcześniej (w



---

ramach uzasadnienia w sprawie o sygn. akt KIO 576/15) argumentację i stanowisko, co do braku możliwości postawienia, w okolicznościach tego postępowania, skutecznego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wyłącznie w oparciu o cenę za etap opcjonalny, bez uwzględnienia ceny za całość zamówienia. W tym zakresie należało podzielić argumentację wykonawcy konsorcjum Asseco oraz Kamsoft przedstawioną w piśmie procesowym z dnia 31 marca 2015 r. Błędnym było też powołanie w treści zarzutu art. 90 ust. 3 Pzp, skoro wykonawca ten nie był wzywany do złożenia wyjaśnień, ani nie zaistniały podstawy do wystosowania takiego wezwania.

Krytycznie należało również ocenić zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Asseco oraz Kamsoft na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w związku z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W okolicznościach niniejszej sprawy nie zaistniały żadne podstawy do uznania, by działanie wykonawcy nosiło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji oraz, by zaktualizowały się przesłanki do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W tym zakresie, w sposób odpowiedni, należy powołać stanowisko i argumentację Izby zawartą w ramach rozważań nad zarzutem czynu nieuczciwej konkurencji przedstawionych przy uzasadnieniu odwołania o sygn. akt KIO 576/15.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum Asseco oraz Kamsoft do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odnosząc powyższy zarzut do ceny oferty tego wykonawcy, przy uwzględnieniu cen ofert innych wykonawców oraz szacunkowej wartości zamówienia, brak było podstaw do uznania, by zaistniały podstawy do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp.

Odnośnie zarzutów z lit. f), g) i h) odwołania, w części dotyczącej wykonawcy konsorcjum Asseco oraz Kamsoft, należy powołać tożsamą argumentację i stanowisko, jak w części dotyczącej oferty wykonawcy S&T.

Ponadto, Izba podkreśla, że Odwołujący nie przedstawił żadnych rzeczowych dowodów, które potwierdzałyby zasadność stawianych zarzutów.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).



---

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący: ……..**

**Członkowie: ……..**