Sygn. akt KIO 714/15
KIO 717/15

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Anna Packo
Beata Pakulska - Banach

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2015 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (lider konsorcjum) i 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Niekłańska 27/5, 03-924 Warszawa (sygn. akt KIO 714/15)**

B. wykonawcę **Data Techno Park Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Borowska 283 b, 50-556 Wrocław (sygn. akt KIO 717/15)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa (lider konsorcjum), InfoStrategia A. S. i Wspólnicy sp. jawna z siedzibą w Krakowie, ul. Lubicz 25, 31-503 Kraków i InfoStrategia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Lubicz 25, 31-503 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 714/15 i KIO 717/15 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Data Techno Park Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Borowska 283 b, 50-556 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 714/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (lider konsorcjum) i 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Niekłańska 27/5, 03-924 Warszawa (sygn. akt KIO 714/15)

2.uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę Data Techno Park Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Borowska 283 b, 50-556 Wrocław (sygn. akt KIO 717/15) i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa (lider konsorcjum), InfoStrategia A. S. i Wspólnicy sp. jawna z siedzibą w Krakowie, ul. Lubicz 25, 31-503 Kraków i InfoStrategia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Lubicz 25, 31-503 Kraków, jako najkorzystniejszej oraz nakazuje wykluczenie tego wykonawcy z postępowania a tym samym odrzucenie jego oferty

3.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (lider konsorcjum) i 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

ul. Niekłańska 27/5, 03-924 Warszawa (sygn. akt KIO 714/15) i Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa (sygn. akt KIO 717/15) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (lider konsorcjum) i 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Niekłańska 27/5, 03-924 Warszawa (sygn. akt KIO 714/15)** i wykonawcę **Data Techno Park Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Borowska 283 b, 50-556 Wrocław (sygn. akt KIO 717/15)** tytułem wpisów od odwołań

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa (lider konsorcjum) i 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Niekłańska 27/5, 03-924 Warszawa (sygn. akt KIO 714/15)** na rzecz **Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

3.3. zasądza od **Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Data Techno Park Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Borowska 283 b, 50-556 Wrocław (sygn. akt KIO 717/15)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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: ……..……
……..……
……..……

Sygn. akt KIO 714/15
KIO 717/15

Uzasadnienie

Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług wsparcia eksperckiego dla Projektu o nazwie: Zaprojektowanie, implementacja i wdrożenie systemu informatycznego centralny System Sądowy (CaSuS)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 października 2014 r., nr 2014/S 200-353434.

sygn. akt KIO 714/15

W dniu 30 marca 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Matic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i 4pi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym Matic”, o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że wadium wniesione w formie gwarancji nie jest prawidłowe.

Nadto dodał, że wobec treści gwarancji odsyłającej do znowelizowanego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, w zakresie sformułowania „co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej" zakres odpowiedzialności ponoszonej przez wykonawcę z tytułu czynności wskazanych w tym przepisie został istotnie zawężony - tylko do oferty złożonej przez ewentualnie zwycięskiego wykonawcę. Konkludując stwierdził, że złożona gwarancja nie zabezpiecza oferty wykonawcy w pełnym zakresie wynikającym z przepisu ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji; a ponadto, w wyniku posłużenia się w treści gwarancji zmienionym zapisem jedna z ofert stawia wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej do pozostałych wykonawców, albowiem tylko jemu można zatrzymać wadium wyłącznie w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą; innymi słowy wykonawca, stosujący inne normy prawne niż te, do których stosowania był zobowiązany, nie ponosi takiego samego ryzyka jak pozostali wykonawcy (ryzyka zatrzymania wadium przez zamawiającego niezależnie od pozycji na liście rankingowej).

W dniu 9 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący Matic wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2015 r.) od czynności zamawiającego polegających na:

1. wykluczeniu go z postępowania, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem jego oferty
2. ocenie ofert w sposób powodujący nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w szczególności poprzez dokonanie błędnej i niekorzystnej dla wykonawcy wykładni treści złożonej przez niego gwarancji bankowej jako formy zabezpieczenia oferty, przy jednoczesnym braku wątpliwości w odniesieniu do gwarancji bankowej zabezpieczającej ofertę, która została uznana jako najkorzystniejsza
3. wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez konsorcjum przedsiębiorców ubiegającym się wspólnie o udzielenie zamówienia: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, InfoStrategia A. S. i Wspólnicy Sp.j. z siedzibą w Krakowie, InfoStrategia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanych dalej „konsorcjum Pentacomp", jako oferty najkorzystniejszej

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 46 ust. 4a (w poprzednim brzmieniu) w zw. z art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232, zwana dalej „Ustawą zmieniającą", i art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego Matic z postępowania, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 56 oraz art. 65 § 1 i § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 121 z późn. zm.), zwaną dalej „k.c.", poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty wykonawcy, a w konsekwencji przyjęcie, że wadium przedstawione przez odwołującego Matic w formie gwarancji bankowej nr 001GWPT143450001 z dnia 11 grudnia 2014 r. udzielonej przez Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. nie zabezpieczało potencjalnych roszczeń zamawiającego, które mogłyby powstać w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w poprzednim brzmieniu, tj. w treści sprzed zmian wprowadzonych z mocy art. 1 pkt 10 Ustawy zmieniającej, z uwagi na dyspozycję art. 3 tej ustawy
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp w szczególności poprzez dokonanie błędnej i niekorzystnej dla odwołującego Matic wykładni treści gwarancji przy jednoczesnym braku wątpliwości w odniesieniu do gwarancji bankowej zabezpieczającej ofertę wykonawcy zwycięskiego

4. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego Matic za odrzuconą w

sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania
5. art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Matic w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu
6. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. poprzez odrzucenie oferty odwołującego Matic, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności oraz bez przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności
7. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Jednocześnie odwołujący Matic wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania na zasadzie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego Matic z udziału w postępowaniu i w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez konsorcjum Pentacomp, jako oferty najkorzystniejszej
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego Matic i jej wybór, jako oferty najkorzystniejszej
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego Matic zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Matic wskazał m.in., iż wniesione wadium w formie gwarancji jest prawidłowe, w szczególności spełniało (spełnia) swoją funkcję gwarancyjną i nie istniało (nie istnieje) jakiekolwiek realne ryzyko odmowy wypłaty świadczenia przez gwaranta - BGŻ S.A., w sytuacji zaistnienia okoliczności uzasadniającej zatrzymanie wadium., gdyż złożona na zabezpieczenie oferty gwarancja jest gwarancją nieodwoływalną, bezwarunkową, płatną na pierwsze żądanie beneficjenta, pozbawioną materialnych przesłanek zapłaty sumy gwarancyjnej. Gwarant nie stawia żadnych innych warunków wypłaty, poza przedstawieniem pisemnego wezwania do zapłaty i oświadczenia beneficjenta o tym, że wystąpiła przesłanka wypłaty.

Nadto podniósł, iż nie może być prawidłowa konstatacja zamawiającego sprowadzająca się do twierdzenia, że „w wyniku posłużenia się w treści gwarancji zmienionym zapisem jedna z ofert stawia wykonawcę w sytuacji uprzywilejowanej do pozostałych wykonawców, albowiem tylko jemu można zatrzymać wadium wyłącznie w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą". To nie treść wadium stanowi o

„uprzywilejowanej” pozycji wykonawcy, lecz powinna decydować o takiej pozycji m.in. cena oferty, gdyż to oferta odwołującego Matic powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. W tym też zakresie, rozumowanie zamawiającego oparte jest na błędzie logicznym.

Nie sposób – w ocenie odwołującego Matic - zaaprobować twierdzenia zamawiającego, że treść gwarancji „istotnie ogranicza możliwość zatrzymania wadium”. Kwestionowana treść nie wywiera w odniesieniu do ważności i skuteczności wniesionego wadium żadnych skutków prawnych. Kwota gwarantowana stałaby się natychmiast wymagalna po postawieniu jej w stan wymagalności przez zamawiającego, poprzez złożenie stosownego żądania zapłaty, a jakoby sporna klauzula - w rzeczywistości nie pozwala gwarantowi na uchylanie się od płatności. Wynikało to już z samego brzmienia gwarancji, ale wobec wykluczenia wykonawcy z postępowania - podlegało także dodatkowemu wyjaśnieniu przez BGŻ S.A. w oświadczeniu z dnia 8 kwietnia 2015 r., przedłożonym w załączeniu do odwołania.

Nawet gdyby rozważać zagadnienie czy uwzględnienie w treści gwarancji nowego brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wpływa (wpływałoby) negatywnie na poziom zabezpieczenia interesów zamawiającego w zestawieniu z treścią tego przepisu sprzed nowelizacji na skutek Ustawy zmieniającej, należałoby udzielić odpowiedzi negatywnej. Aktualna treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zawiera zastrzeżenie, że zatrzymanie wadium jest możliwe o tyle, o ile sytuacje wymienione w tym przepisie, powodują brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę, jako najkorzystniejszej. W związku z tym, że odwołujący Matic, który przedłożył gwarancję, zaoferował najniższą cenę, wskazane zastrzeżenie, jeżeli w ogóle mogłoby, to faktycznie nie wpływa na ograniczenie możliwości

zamawiającego żądania zapłaty określonej kwoty tytułem wadium. Oznacza to, że nawet przy nowym brzmieniu przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający byłby uprawniony do żądania zapłaty przez BGŻ S.A. w przypadku zaistnienia podstaw dla zatrzymania wadium. Tym samym, w rozważanym aspekcie, przytoczenie treści art. 46 ust 4a ustawy Pzp w brzmieniu nadanym Ustawą zmieniającą nie ogranicza ochrony interesów zamawiającego, w szczególności nie uniemożliwia mu skutecznego żądania zapłaty określonej kwoty przez gwaranta.

Odwołujący Matic podniósł także, że nawet w przypadku, w którym treść gwarancji mogłaby wywoływać jakiekolwiek wątpliwości zamawiającego, powinna ona podlegać wykładni, jako oświadczenie woli, na zasadzie art. 65 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Z kolei wynik tej wykładni powinien sprowadzać się do stwierdzenia prawidłowości wniesionej Gwarancji, a tym samym, także z tych względów, do konkluzji o braku podstaw do wykluczenia odwołującego Matic, gdyż wykładni oświadczenia woli (gwarancja jest takim oświadczeniem) nie można dokonywać w oderwaniu od okoliczności, w których zostało złożone (art. 65 k.c.). Przenosząc powyższe na przedmiotowy stan faktyczny podniósł, że

---

część wstępna gwarancji zawiera wyraźnie wszelkie dane kategorycznie identyfikujące postępowanie łącznie z jego pełną nazwą, znakiem, wraz z powołaniem się na SIWZ. Oznacza to, że zarówno odwołującemu Matic – zleceniodawcy gwarancji, jak i gwarantowi oraz beneficjentowi znany był charakter zobowiązania, który gwarancja miała zabezpieczać, w związku z tym nie może budzić wątpliwości jaki był zamiar stron. Okoliczności zatrzymania wadium w przypadku zamówień publicznych reguluje ustawa, a więc są one powszechnie znane uczestnikom takiego obrotu prawnego. Nie może więc budzić wątpliwości, że celem zabezpieczenia gwarancji są więc wszystkie przypadki, gdy po stronie zamawiającego powstaje prawo do zatrzymania wadium. Gdyby gwarant - BGŻ S.A. chciał zawęzić zakres Gwarancji, to umieściłby w treści gwarancji szczególne warunki zapłaty, odnoszące się do przypadków zatrzymania wadium. Z samej treści gwarancji wynika wprost brak takich intencji, a upatrywanych przez zamawiającego i stanowiących podstawę nieprawidłowo podjętych przez niego czynności. W celu przecięcia tych nieuzasadnionych wątpliwości, a także na okoliczność dokonania prawidłowej wykładni treści gwarancji, BGŻ S.A. złożył w dniu 8 kwietnia 2015 r. oświadczenie, w którym m.in. wyjaśnił, że „Wolą Banku BGŻ nie było (...) ograniczenie zakresu warunków zatrzymania wadium przez Zamawiającego. Bank BGŻ oświadcza, że Gwarancja udzielona na zlecenie Wykonawcy, stanowi pełne zabezpieczenie oferty Wykonawcy złożonej w Postępowaniu, zgodnie z właściwymi przepisami Ustawy."

Dlatego też zmawiający, w ramach badania czy oferta wykonawcy została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, nie może pomijać treści gwarancji ani też całokształtu okoliczności danej sprawy. Wykładnia spornej części treści gwarancji - jeśli nawet byłaby potrzebna do odkodowania zakresu odpowiedzialności gwaranta - prowadzi jednoznacznie do wniosku, że podnoszona przez zamawiającego wada ma, co najwyżej charakter omyłki pisarskiej, pozostającej bez wpływu na prawidłowy zakres gwarancji. Wszystkie pozostałe elementy gwarancji potwierdzają, iż celem wystawcy gwarancji było udzielenie zabezpieczenia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to także oświadczenie BGŻ S.A. z dnia 8 kwietnia 2015 r. Skoro więc gwarancja jest adekwatna do wymogów określonych w przepisach ustawy Pzp i realnie umożliwia zamawiającemu zaspokojenie się w określonych przypadkach, stąd nie było uzasadnionych podstaw do wykluczenia odwołującego Matic z postępowania.

W dniu 10 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawcy otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 13 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Pentacomp zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 13 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Data Techno Park Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwane dalej „konsorcjum Data", zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia

odwołującemu i zamawiającemu.

sygn. akt KIO 717/15

W dniu 30 marca 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Data Techno Park Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „odwołującym Data", o wyborze oferty konsorcjum Pentacomp, jako najkorzystniejszej.

W dniu 9 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący Data wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2015 r.) od czynności zamawiającego wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Pentacomp, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2pkt 2) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wniósł wadium w sposób prawidłowo zabezpieczający złożoną ofertę oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu
2. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum Pentacomp, mimo iż wykonawca nie wykazał że cena złożonej przez niego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej

Jednocześnie odwołujący Data wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, wykluczenie konsorcjum Pentacomp z udziału w postępowaniu ze względu na niewniesienie wadium w wymaganym zakresie, odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Pentacomp jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dokonanie wyboru oferty odwołującego Data jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Data wskazał m.in., iż:

Odnośnie zarzutu pierwszego dotyczącego wadium odwołujący Data podniósł, iż z treści Gwarancji bankowej złożonej przez konsorcjum Pentacomp, jak również zmiany w/w dokumentu, jako podmiot, którego oferta jest zabezpieczona wadium w formie gwarancji wskazana jest spółka Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. Oferta natomiast została złożona przez konsorcjum w skład, którego wchodzą: Pentacomp Systemy Informatyczne

S.A., InfoStrategia A. S. i Wspólnicy sp. jawna oraz Infostrategia sp. z o.o. Treść złożonej wraz z ofertą konsorcjum Pentacomp gwarancji w żaden sposób nie wskazuje, jakoby odpowiedzialnością objęta była oferta złożona przez konsorcjum. Gwarancja jednoznacznie odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której spółka Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. składa ofertę, nie wskazując jednak, że Bank będzie zobowiązany również do wypłaty kwoty, o której mowa w gwarancji w przypadku, gdy podmiot ten „złoży" ofertę wspólną z innymi podmiotami, ani również w swojej treści nie wskazuje innych podmiotów. Tym samym brak jest podstaw by przyjąć, że wadium w sposób prawidłowy zabezpiecza ofertę złożoną przez wykonawców występujących wspólnie. Wniesione wadium nie zabezpiecza, zatem oferty we wszystkich przypadkach określonych w ustawie. Tym samym zamawiający nie miał podstaw by przyjąć, że oferta została-zabezpieczona wadium w sposób, prawidłowy, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z obowiązujących przepisów. Tym samym niewniesienie wadium w wymaganym zakresie skutkować winno wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp i odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu drugiego dotyczącego nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Pentacomp w zakresie rażąco niskiej ceny odwołujący Data podniósł m.in., iż według jego wiedzy, zarówno rynkowej, jak i wynikającej z doświadczenia życiowego nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z przedłożoną przez konsorcjum Pentacomp ofertą cenową. Zgodnie z wymaganiami dla zamówienia objętego Częścią 1 zamawiający wymaga dostępności 20 ekspertów, którzy odpowiadać będą za opracowanie Studium Wykonalności w terminie 120 dni od daty podpisania umowy. Tabela wskazana w OPZ przedstawia prognozowane zapotrzebowanie ekspertów, którzy uczestniczyć będą w realizacji przedmiotu zamówienia w Obszarze I. Także w opisie przedmiotu zamówienia

zamawiający jednoznacznie wskazał, iż „W Tabeli 1 przedstawiono prognozowane zapotrzebowanie na osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Obszaru I". Tym samym na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia należało uwzględnić w ofercie zaangażowanie 20 ekspertów (z różnych obszarów merytorycznych) oraz kierownika/koordynatora projektu odpowiedzialnego za nadzór i zarządzanie zespołem realizacyjnym przez 120 dni od daty podpisania umowy. Zakładając, iż praca odbywać się będzie w dni robocze to przedmiot zamówienia musi być zrealizowany w 96 dni roboczych (z każdego miesiąca kalendarzowego odjęto po 8 dni na weekendy). Poprzez przemnożenie liczby ekspertów zaangażowanych w przedmiot zamówienia przez cały okres dla Obszaru I otrzymujemy 1920 osobodni pracy ekspertów. Zamawiający także we wzorze umowy wskazał szereg kosztogennych czynników (§ 5 projektu umowy). W oparciu o powyższe i w przypadku 8-godzinnego dnia pracy ekspert otrzymałby 26,27 zł brutto/godzinę i stawka ta nie jest realna. O jej nierynkowej wysokości przesądza również oczywisty fakt

nieuwzględnienia w cenie oferty kosztów delegacji czy też dojazdów. Przy założeniu, że koszty te miałyby zostać poniesione przez ekspertów - musieliby oni pracować po nierealnych rynkowo stawkach. Powyższe wyliczenia nie uwzględniają także pracy biura wsparcia projektu, które odgrywać będzie istotną rolę we wsparciu organizacji prac Wykonawcy. Konsorcjum Pentacomp nie przedstawiło wiarygodnych wyjaśnień na okoliczność, że cena złożonej przez konsorcjum oferty nie nosi znamion rażąco niskiej, czego skutkiem winno być odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Odwołujący Data, jako podmiot aktywnie funkcjonujący na rynku, śledzi wysokość stawek ekspertów przy realizacji podobnych zamówień. Dla przykładu w zamówieniu na: „Świadczenie usług eksperckich; dotyczących produktów specjalistycznych, wsparcia metodycznego w ramach nadzoru nad projektem oraz opracowanie kryteriów i materiałów informacyjnych osiągnięcia interoperacyjności w projekcie „Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (PI)" stawki godzinowe ekspertów-kształtowały się na poziomie 50,00 zł. W zamówieniu pn. „Świadczenie usługi audytu w ramach Projektu Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (PI)" oraz „Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych (P2)" podstawą wyceny była uśredniona stawka roboczogodziny – (zamawiający dokonał wyboru oferty ze stawką 60,00 zł netto). Tymczasem zaoferowane przez konsorcjum Pentacomp ceny wskazują na to, że stawka eksperta wynosiłaby 26,27 zł brutto/godzinę.

Konsorcjum Pentacomp nie udowodniło możliwości wykonania całego przedmiotu zamówienia za cenę złożonej oferty. Dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny konieczne byłoby przedstawienie dowodów, w szczególności umów z zatrudnionymi ekspertami, które wskazywałyby na stawkę poniżej wskazanej kwoty, albowiem do ceny oferty należy doliczyć jeszcze koszty, jakie Wykonawca poniesie w związku z dojazdami, koszty organizacji biura, a także zysk.

W dniu 10 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawcy otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 13 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Pentacomp zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne

rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołujących w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

sygn. akt KIO 714/15

Izba ustaliła, iż postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte w dniu 17 października 2014 r.

W dniu 19 października 2014 r. weszła w życie ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232).

Odwołujący Matic w załączeniu do oferty złożył bankową gwarancję zapłaty wadium nr 001GWPT143450001 wystawioną w dniu 11 grudnia 2014 r. przez BGŻ S.A., w treści której zawarto postanowienie „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 20104 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą", z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania Oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej (…)".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Bezspornym jest, iż w treści gwarancji bankowej wystawionej na zlecenie Matic Sp. z o.o. przywołana została treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232).

W art. 3 znowelizowanej ustawy wskazano, iż do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie wspomnianej wyżej nowelizacji oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Nowelizacja ustawy weszła w życie w dniu 19 października 2014 r., natomiast postępowanie o przedmiotowe zamówienie zostało wszczęte w dniu 17 października 2014 r. A skoro tak, w treści gwarancji powinno się znaleźć odniesienie do art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, a nie znowelizowanym, gdyż znowelizowany art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak słusznie podniósł zamawiający, rozszerza katalog dokumentów, których nieuzupełnienie przez wykonawcę doprowadzić może do utraty wadium, ogranicza krąg wykonawców, którym zagraża utrata wadium i zmienia rozkład ciężaru dowodu, co do przyczyn z powodu, których wykonawca nie uzupełnił w terminie wskazanych w wezwaniu dokumentów. Przed dniem 19 października 2014 r. to bowiem wykonawca, który nie złożył dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, jeżeli chciał uniknąć zatrzymania przez zamawiającego złożonego przez siebie wadium, zobowiązany był udowodnić, że zaniechanie wykonania wezwania wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. Natomiast po dniu 19 października 2014 r. taki obowiązek (obowiązek wykazania nieuzupełnienia dokumentów z przyczyn leżących po stronie wykonawcy) spoczywa właśnie na zamawiającym. A ponadto znowelizowana ustawa ogranicza krąg podmiotów, co do których zamawiający zatrzymuje wadium. Oznacza to, że znowelizowana treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest mniej korzystna dla zamawiającego. Izba podziela w tym zakresie stanowisko zaprezentowane już m.in. w orzeczeniach: z dnia 27 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2369/14, z dnia 15 kwietnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 642/15 i z dnia 22 kwietnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 699/15. Tak więc odwołanie w treści gwarancji do znowelizowanego brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp powoduje, iż w tym konkretnym przypadku odwołujący Matic jest w stosunku do innych wykonawców w zdecydowanie korzystniejszej sytuacji. W tym postępowaniu wykonawca (odwołujący Matic) złożył ofertę z najniższą ceną, a ponieważ nie była ona poddana ocenie - jak podniósł zamawiający – nie można stwierdzić, iż była to oferta najkorzystniejsza. Tak więc oferta tego wykonawcy tylko w sytuacji, gdyby była uznana za ofertę najkorzystniejszą byłaby zabezpieczona wadium. Natomiast w każdym innym przypadku oferta ta byłaby ofertą niezabezpieczoną wadium. Izba podziela stanowisko odwołującego Matic, co do charakteru

gwarancji, przedstawione w treści odwołania. Tym niemniej w tym stanie faktycznym istotna jest treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. A ponieważ wskazane w treści gwarancji bankowej postanowienia dotyczące znowelizowanego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie odpowiadały obowiązującym przepisom prawa, mającym zastosowanie do przedmiotowego postępowania, Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

13

Oświadczenie Banku Gospodarki Żywnościowej S.A. z dnia 8 kwietnia 2015 r. nie może mieć charakteru sanującego błędnie wystawioną gwarancję bankową, gdyż nie stanowi aneksu do gwarancji, a także zostało wystawione po terminie składania ofert, podczas gdy wadium powinno być wniesione - prawidłowo – przed terminem składania oferty a czynności tej nie można uzupełnić ani sanować w terminie późniejszym. A ponadto brak jest podstaw prawnych, które pozwalałyby zamawiającemu na uznanie wyjaśnień gwaranta za wystarczające do zmiany warunków gwarancji, a zmiana postanowienia dotyczącego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp taki charakter w istocie by miała.

sygn. akt KIO 717/15

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia konsorcjum Pentacom potwierdził się.

Izba ustaliła, iż do konsorcjum Pentacomp w załączeniu do oferty złożył „Gwarancję Bankową Przetargową Nr GW/001248/14" wystawioną w dniu 9 grudnia 2014 r. przez BNP PARIBAS, w treści której wskazano „(…) zostaliśmy poinformowani, że Pentacomp Systemy informatyczne S.A. (…), ma zamiar złożyć ofertę w ogłoszonym przez beneficjenta przetargu (…)".

Powyższe zakwestionował odwołujący Data, wskazując m.in., iż gwarancja jednoznacznie odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której spółka Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. składa ofertę, nie wskazując jednak, że Bank będzie zobowiązany również do wypłaty kwoty, o której mowa w gwarancji w przypadku, gdy podmiot ten „złoży" ofertę wspólną z innymi podmiotami, ani również w swojej treści nie wskazuje innych podmiotów. Tym samym brak jest podstaw by przyjąć, że wadium w sposób prawidłowy zabezpiecza ofertę złożoną przez wykonawców występujących wspólnie.".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż konsorcjum Pentacomp, złożyło wraz z ofertą gwarancję bankową, w treści której wskazano, że to Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. ma zamiar złożyć ofertę. Tymczasem oferta w tym postępowaniu została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, tj. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), InfoStrategia A. S. i Wspólnicy sp. jawna z siedzibą w Krakowie i InfoStrategia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, którzy są innym wykonawcą niż Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. Z treści przedmiotowej gwarancji nie wynika, iż oferta składana jest przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców (konsorcjum), a więc to, że gwarancja zabezpiecza ofertę tych wykonawców. Wynika z niej jedynie, że to Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. ma zamiar złożyć ofertę, a nie że zamierza ją złożyć

14

---

konsorcjum, a więc, że gwarancja zabezpiecza jego ofertę (która nie została złożona). Ze względu na to, że gwarancje stanowią czynność abstrakcyjną, istotne dla dochodzenia z nich roszczeń jest to, co wynika z ich treści. Oczywistym jest, iż gwarancja może być złożona przez lidera konsorcjum, tym niemniej z jej treści musi wynikać, jaką ofertę bank zabezpiecza. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

Na marginesie należy dodać, iż z treści załączonych do oferty pełnomocnictw z dnia 17 listopada 2014 r. udzielonych odpowiednio przez InfoStrategia A. S. i Wspólnicy sp. jawna z siedzibą w Krakowie i InfoStrategia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jest uprawniony do złożenia wadium w imieniu i na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Pentacom nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż konsorcjum Pentacomp zaoferował wykonanie zamówienia za łączną

ceną brutto 4 095 900,00 zł, w tym za wykonanie Obszaru I cenę brutto 409 590,00 zł, za wykonanie Obszaru II cenę brutto 409 590,00 zł oraz za wykonanie Obszaru III cenę brutto 3 276 720,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 20 stycznia 2015 r., wezwał konsorcjum Pentacomp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość łącznej ceny brutto oferty za cały przedmiot zamówienia.

Konsorcjum Pentacomp, pismem z dnia 23 stycznia 2015 r., złożyło wyjaśnienia, zastrzegając jednocześnie, iż treść złożonego pisma stanowi tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wystąpienie jednej z przesłanek z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym, zamawiający nie mógł na podstawie przedłożonych wyjaśnień stwierdzić takiej okoliczności, gdyż wyjaśnienia udzielone przez konsorcjum Pentacomp szczegółowo odnosiły się do kwestii, będących przedmiotem zadanych mu przez zamawiającego pytań. Wykonawca w sposób szczegółowy przedstawił dokonaną kalkulację, ze wskazaniem poszczególnych elementów podania, których zamawiający od niego wymagał. I tak podał stawkę jednej roboczogodziny wskazując, z czego kwota ta wynika. Kwota ta jest przy tym zdecydowanie wyższa niż ta, jaką podał odwołujący Data. Kwota ta zapewnia – jak wykazało konsorcjum Pentacomp – należyte wykonanie zamówienia. W treści wyjaśnień wskazał m.in. wysokość marży, wysokość średniego miesięcznego

wynagrodzenia i przyczyny, dla których zostało ono określone na takim a nie innym poziomie. W cenie oferty uwzględnił także koszty delegacji, pracy biura oraz przewidział koszt zakupu sprzętu dedykowanego do realizacji tego zamówienia.

Również zarzuty dotyczące przewidywanego zaangażowania poszczególnych ekspertów w trakcie realizacji zamówienia w ramach poszczególnych obszarów nie znajdują potwierdzenia ani w treści SIWZ, ani też w treści złożonych przez konsorcjum Pentacomp wyjaśnień. Termin na wykonanie przedmiotu zamówienia wskazany przez zamawiającego – jak wskazał sam zamawiający - jest terminem optymalnym, możliwe jest przy tym wykonanie przedmiotu zamówienia w krótszym terminie. Poszczególne obszary mogą być wykonywane równolegle, a tym samym eksperci mogą jednocześnie pracować w kilku miejscach. Zamawiający nie określił bowiem liczby godzin koniecznych do realizacji obszaru I i II. Istotne jest dla niego wykonanie dzieła.

Wykonawcy zobowiązani byli wyliczyć cenę brutto za realizację przedmiotu zamówienia oraz podać ceny brutto Obszaru I, II i III, przy czym ceny brutto poszczególnych obszarów miały zostać wyliczone w sposób podany w SIWZ. Cena brutto za wykonanie Obszaru I i II miała stanowić 10% łącznej ceny brutto. Tak też ceny zostały wyliczone przez konsorcjum Pentacomp. Tymczasem odwołujący Data, kwestionując cenę brutto Obszaru I, nie kwestionował przy tym ceny brutto oferty, która to cena stanowiła podstawę wyliczenia ceny Obszaru I i II. Cena Obszaru I i II to określony % ceny oferty, obliczany niejako automatycznie. Odwołujący Data nie kwestionował ceny oferty, kwestionował jedynie pewne jej elementy wyjaśniane przez zamawiającego i konkretnie wskazane w treści wezwania. Tymczasem to cena oferty była podstawą do wyliczenia ceny poszczególnych Obszarów. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając wynagrodzenie

pełnomocnika zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 714/15 w wysokości 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego Data w sprawie o sygn. akt KIO 717/15 w wysokości 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: ……..……

……..……

……..……