

Sygn. akt: KIO 1268/15

Sygn. akt: KIO 1269/15

WYROK
z dnia 8 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2015 roku, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,**

B. w dniu 15 czerwca r. przez wykonawcę **Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa**

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

przy udziale:

A. wykonawcy **Comarch Polska SA, ul. J.Pawła II 39a, 31-864 Kraków**

KIO zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt:
1268/15 oraz KIO 1269/15 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1269/15 po stronie
zamawiającego

orzeka:

A. sygn. akt KIO 1268/15

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego **Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Odwołującego **Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** na rzecz Zamawiającego **Ministerstwa Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** kwotę 3.600 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. sygn. akt KIO 1269/15

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2) zasądza od Odwołującego **Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa** na rzecz Zamawiającego **Ministerstwa Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** kwotę 3.600 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

3

Sygn. akt KIO 1268/15, KIO 1269/15

Uzasadnienie

I. Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i wdrożenie systemu Centralnego Archiwum Protokołów Elektronicznych (CAPE) oraz świadczenie usług gwarancyjnych dla Systemu.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 14 października 2014 r., poz. 2014/S 2014/S 197-347729 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 15 czerwca 2015 r. w postępowaniu zostały wniesione dwa odwołania (połączone zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania):

- 1) przez COMP spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący). Odwołujący kwestionował wykluczenie go z postępowania z powodu niewniesienia wadium (KIO 1268/15);
- 2) przez COMTEGRA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący). Odwołujący kwestionował odrzucenie jego oferty z postępowania z powodu rażąco niskiej ceny i zaniechanie odtajnienia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny zaoferowanej w ofercie, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą (KIO 1269/15).

Do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili przystąpienia wykonawcy:

- Comarch Polska spółka akcyjna w Krakowie, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (KIO 1268/15 oraz KIO 1269/15),
- Comp spółka akcyjna w Warszawie (KIO 1269/15).

4

Sygn. akt KIO 1268/15

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego pomimo braku przesłanek do dokonania takiej czynności, tj. dokonania przez Zamawiającego błędnej wykładni ww. przepisu,
- 2) art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na błędnym przyjęciu, że oferta Odwołującego nie była należycie zabezpieczona wadium,
- 3) art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na bezpodstawnym wyborze oferty Comarch Polska SA na skutek błędnego przyjęcia, że

oferta Odwołującego nie była należycie zabezpieczona wadium, a w konsekwencji na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W jego ocenie nieprawidłowe i sprzeczne z celem załączonej do oferty gwarancji przetargowej jest rozumowanie Zamawiającego, w którym przyjmuje on, iż zakres udzielonej gwarancji został zawężony wyłącznie do oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej. Nie można tego zapisu gwarancji interpretować w sposób wskazany przez Zamawiającego. Oznaczałoby to bowiem, że według znowelizowanych przepisów każdy Wykonawca udziela gwarancji tylko wtedy, gdy jego oferta jest najkorzystniejsza, co oznaczałoby każdorazowo, że Wykonawcy musiałby, jak wskazuje Zamawiający, „założyć sklasyfikowanie ich oferty jako najkorzystniejszej” (zapis na str. 5. Pisma Zamawiającego z dnia 5.06.2015 roku). Na marginesie jedynie stwierdzić można, iż de facto oferta Odwołującego, który nie zostałby wykluczony, była ofertą najkorzystniejszą. Przechodząc w tym miejscu do użytego w gwarancji sformułowania „co powodowałoby brak możliwości wybrania oferty jako najkorzystniejszej” Zamawiający niezasadnie twierdzi, że Odwołujący musiałby zakładać, w jaki sposób zostanie sklasyfikowana jego oferta, bowiem użycie w/w zwrotu nie oznacza możliwości zatrzymania wadium jedynie w sytuacji, gdyby oferta była najkorzystniejsza, ale wskazuje, że gwarancja jest uruchamiana w sytuacji braku dochowania wymogów w przepisie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych, jednocześnie wskazując, iż brak takiego działania Odwołującego wykluczałby możliwość wyboru oferty jako najkorzystniejszej. Podkreślenia zdaniem Odwołującego w tym miejscu wymaga fakt, iż każdorazowo brak realizacji wymienionego obowiązku wyklucza możliwość wyboru oferty jako najkorzystniejszej, a zatem spełniona jest przesłanka do zatrzymania przez Zamawiającego wadium. Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż w treści gwarancji

5

załączonej do oferty nie ma wskazania przepisu art. 46 ust 4a Prawa zamówień publicznych ani po nowelizacji ani przed nowelizacją - w gwarancji widnieje treść określająca jej zakres, która jest zgodna, a nawet, w ocenie Odwołującego, szersza niż wymóg z SIWZ. Gwarancja wskazuje bowiem swój zakres poprzez jego opisanie w samej treści. Nie oznacza to automatycznej możliwości przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący określił zakres gwarancji poprzez powołanie w/w przepisu po nowelizacji.

Ponadto, jak wynika z gwarancji bankowej, jest ona przygotowana na potrzeby tego konkretnego przetargu, co zresztą jest w niej ściśle określone poprzez jego dokładny i precyzyjny opis. Oznacza to, że zarówno sama gwarancja, jak i jej treść, odpowiadają przepisom ustawy obowiązującym dla danego przetargu, skoro są ściśle pod niego przygotowane. Oznacza to, że bank aprobuje wymogi SIWZ, w tym w szczególności wymogi dotyczące wadium i możliwości jego wykorzystania. Trudno bowiem założyć, że bank udzielił gwarancji do konkretnego przetargu, ale mając na uwadze swoje rozumienie poszczególnych zapisów ustawy. Dodatkowo uwypukla to bezpodstawność interpretacji zapisów gwarancji, dokonanej przez Zamawiającego.

Odwołujący przywoływał także zarówno KIO jak i sądów powszechnych w sprawie interpretacji art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych sprzed nowelizacji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez COMARCH S. A. jako najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 4) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego poprzez zasądzenie kwoty 15.000,00 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Dodatkowo Odwołujący wnosił o „dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wykładni gwarancji bankowej, dokonanej przez Strony ją zawierające, tj. COMP S. A. i mBank S. A.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania, podtrzymując swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, wyrażoną w piśmie z 05.06.2015 r. tj. w uzasadnieniu wykluczenia

Nie może być zdaniem Zamawiającego wykonawcy z powodu niewniesienia wadium.

6

sporne, że postanowienia gwarancji wadialnej Odwołującego są zgodne z aktualnymi przepisami. Bezsporne też, z uwagi na fakt, że postępowanie wszczęto 14.10.2014 r., powinno być, że gwarancja wadialna winna być zgodna ze stanem prawnym obowiązującym do 19.10.2014 r. Zamawiający przeanalizował treść gwarancji wadialnej Odwołującego i stwierdził, że zakres przedmiotowy przesłanek zatrzymania wadium nie pokrywa się z zakresem przepisów sprzed nowelizacji. Zaakceptowanie takiej gwarancji wadialnej byłoby naruszeniem uczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców, którzy wnieśli wadium prawidłowo. Ponadto stanowiłoby uszczerbek w interesie zamawiającego ponieważ oferta odwołującego nie jest należycie zabezpieczona wadium. Przywoływał orzeczenie KIO 714/15.

Sygn. akt KIO 1269/15

Odwołujący podnosił następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie prawidłowego wyjaśnienia ceny oferty Odwołującej się, w rezultacie którego nastąpiło odrzucenie tej oferty;
- b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 - z późn. zm., dalej: „z.n.k.u.”), poprzez bezzasadną odmowę ujawnienia wyjaśnień ceny, złożonych przez wykonawcę Comarch;
- c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty Comarch jako najkorzystniejszej, w wyniku czego nastąpił wybór oferty, która wcale najkorzystniejszą nie jest w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie prawidłowego wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego, w rezultacie którego nastąpiło odrzucenie tej oferty, Odwołujący wyjaśniał, iż Zamawiający pismem z dnia 13 marca 2015r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie elementów ceny. Zamawiający prosił o wyjaśnienie pracochłonności - okoliczności te zostały przez Odwołującego wskazane, w szczególności w pkt 1 wyjaśnień z dnia 23 marca 2015r. Zamawiający prosił o wyjaśnienie

7

rozwiązań technicznych, które Odwołujący zamierza zastosować, obniżających koszty realizacji zamówienia oraz innych warunków wykonywania zamówienia, mających wpływ na podaną w ofercie łączną cenę brutto, a także jej składników. Okoliczności te zostały, zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach, w szczególności w pkt 2 wyjaśnień z dnia 23 marca 2015r. Zamawiający prosił o wyjaśnienie poziomu zysku, ryzyk i serwisu, co zostało omówione w pkt 3 wyjaśnień z dnia 23 marca 2015r. Odwołujący podnosił, że żaden punkt nie został przez Odwołującego zignorowany. Jeżeli więc Zamawiający nie był ukontentowany, zgodnie z jednoznacznym orzecznictwem Izby z ostatnich kilkunastu miesięcy, mógł się zwrócić do wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia. Zamiast tego podjął arbitralną decyzję o eliminacji oferty, która była najkorzystniejsza.

Zwracał uwagę, że wyjaśnienia Odwołującego zostały złożone w dniu 23 marca 2014r, zaś wybór oferty nastąpił dwa i pół miesiąca później. Pomiedzy tymi datami

jest tak duży odstęp czasu że w tym okresie można byłoby przeprowadzić 20 procedur wyjaśnień ceny. Zamawiający nawet nie próbował wszcząć kolejnej, aby mieć pewność ponad wszelką wątpliwość, że nie odrzuca oferty najkorzystniejszej. Postulował powtórne wezwanie go do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego, odrzucenie oferty Odwołującego zbudowane jest w oparciu o podstawowy błąd logiczny, mianowicie Zamawiający stara się po pierwsze, zrównać technicznie dwie nieporównywalne oferty (Comtegra-Comarch), po drugie, poddać je ocenie w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób arytmetyczny. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że w SIWZ dał szeroką możliwość indywidualnego podejścia do realizacji zadania (co przecież przełożyło się na rzadko spotykany tak duży rozstrzał cen). Tymczasem, ocenia ofertę Odwołującego jakby przedmiotem zamówienia była ustandaryzowana dostawa. Właśnie z tych powodów, oferty złożone w postępowaniu są ze sobą nieporównywalne i jednocześnie dla wykazania rażąco niskiej ceny zawodzi porównanie ich do wartości szacunkowej zamówienia.

Podnosił, iż Zamawiający dysponuje wyjaśnieniami Comarch i na ich bazie mógł sformułować kolejne pytania, jeśli dotychczasowe wyjaśnienia Odwołującego uznał za niewystarczające na tle innych wyjaśnień czy podnoszonych w nich argumentacji. Stwierdzał, że w zaistniałej sytuacji to na Zamawiającym w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej spoczywał ciężar dowodu. Tymczasem, Zamawiający nawet nie próbował przeprowadzić dowodu na okoliczność, że za cenę oferty Odwołującego nie jest możliwa realizacja przedmiotu zamówienia. Odwołujący dopiero z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dowiedział się, że w jego wyjaśnieniach zabrakło zestawień liczbowych.

8

Trudno jest uznać taką argumentację za poważną, skoro jest wyartykułowana po 2,5 miesiącu od złożenia wyjaśnień. Wystarczyło wystosować prośbę do Odwołującego i w ciągu 4-5 dni całą procedurę wyjaśnienia tej kwestii zamknąć. Polemizował ze stwierdzeniem Zamawiającego o braku wyliczeń, stwierdzając, że taka argumentacja znalazła się w pkt. 1 wyjaśnień.

Zauważał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający stwierdzał, że wyjaśnienia co do zysku, ryzyka są zbyt ogólne. Wskazywał, że wystarczyło wystosować taką prośbę do Odwołującej się i w ciągu 4-5 dni całą procedurę wyjaśnienia tej kwestii zamknąć. Zamawiający jednak wolał jednak w złej wierze zmarnotrawić kolejne 2,5 miesiąca niż zadbać o to, aby nie wyeliminować oferty najkorzystniejszej.

Podnosił, że samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w różnych przedmiotowo, co trzeba podkreślić, ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest naturalny objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert, o różnej konfiguracji technicznej. Oparcie się, tak jak to robi Zamawiający wyłącznie na cenie, z pominięciem różnicy w podejściu, jest rażącym

Odnosnie drugiego zarzutu, dotyczącego bezpodstawnego, zdaniem Odwołującego, zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Comarch, Odwołujący podnosił, że konieczne jest ujawnienie wyjaśnień złożonych przez Comarch, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a dotyczą sposobu kalkulacji ceny oraz podstaw zastrzeżenia tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważał, że generalne akceptowanie takiego stanu rzeczy nie może się ostać. Jeżeli nawet w tych wyjaśnieniach znajdują się jakieś zupełnie nieznane ogółowi informacje i ceny, Zamawiający zwyczajnie ten dedykowany fragment mógł zasłonić, i w ten sposób udostępnić treść wyjaśnień.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) zwrócił się do Odwołującej o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust 1 Prawa zamówień publicznych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
- c) dokonał ponownego badania i oceny ofert,
- d) dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto na rozprawie Odwołujący podnosił, że dalszymi dowodami, tj. szczegółowymi kosztorysami, które może przedstawić w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wskazywał, że kosztorysy te objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ obejmują twarde wyliczenia i wnosił o rozważenie dopuszczenia ich jako dowodu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i na rozprawie wnosił o jego oddalenie.

Odnosnie wniosku dowodowego odwołującego objętego tajemnicą przedsiębiorstwa, co do którego domyśla się, że dowód ten jest składany na okoliczność braku występowania rażąco niskiej ceny, stwierdzał, że spór obecnie nie toczy się o rażąco niską cenę, ale o to czy wyjaśnienia były wystarczające, czy też Zamawiający po wyjaśnieniach tej treści, ewentualnie był zobowiązany do podejmowania dalszej korespondencji z Odwołującym odnosnie dalszych wyjaśnień.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 90 ust 1 Prawa zamówień publicznych twierdzi, że czynności podejmowane przez niego były prawidłowe. Wyjaśnienia Odwołującego były lakoniczne i pobieżne; nie zastosował się on w sposób należyty do wezwania Zamawiającego, który uprzedził o konsekwencjach wynikających z niezłożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia Odwołującego z 23.03.2015 r. są bardzo ogólne, ale wstęp – powoływanie się na całą pierwszą stronę na orzecznictwo - świadczy o tym, że Odwołujący miał świadomość, jak wyjaśnienia powinny wyglądać. Ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Postulowane przez Odwołującego dalsze wzywanie do wyjaśnień byłoby naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ takie samo wezwanie zostało skierowane również do wykonawcy Comarch, który udzielił wyczerpujących wyjaśnień.

Dodatkowo Zamawiający podnosił, że jego wycena została oparta na analizach ekonomicznych i wg niego wycena odwołującego jest nierealna, niemożliwa.

Ponadto wnosił o uwzględnienie dowodu zawierającego tabelę, w której podaje sprzęt wskazany w ofercie Odwołującego, a objęty tajemnicą przedsiębiorstwa - dlatego cały dowód jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Do sprzętu oferowanego przez Odwołującego Zamawiający dopasował ceny rynkowe danego sprzętu (sam Odwołujący w wyjaśnieniach z 23.03.2015 r. w ostatnim akapicie powołuje się, że jego oferta została oparta na cenach rynkowych). Z podsumowania tak przygotowanej wyceny samego sprzętu oferowanego przez Odwołującego wynika, że cena tego sprzętu przewyższa cenę oferty Odwołującego. Zamawiający dodawał, że ten sam sprzęt, co zaoferowany przez Odwołującego, został zaoferowany przez innego wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu, również ten wykaz sprzętu i jego wycena jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, ale nie naruszając tej tajemnicy wskazał, że przewyższa ona dwukrotnie wycenę Odwołującego. Innym

składnikiem cenotwórczym jest koszt serwisu gwarancyjnego, który zamawiający szacuje na około 1,5 mln zł. W konsekwencji analiza wyjaśnień Odwołującego połączona z wynikami szacowań Zamawiającego była podstawą do odrzucenia oferty odwołującego.

Odnosnie tajemnicy przedsiębiorstwa podzielił stanowisko przedstawione w piśmie procesowym Przystępującego Comarch, że Odwołujący nie ma interesu i nie poniesie szkody w związku z utajnieniem dokumentów oferty Comarch. Niezależnie od powyższego wskazywał, że Comarch złożył pismo, w którym wyjaśnił przyczyny utajnienia niektórych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Już w tym piśmie zawarł częściowo wyjaśnienia odnosnie rażąco niskiej ceny, które niezależnie od tego w szeroki sposób zostały opisane w piśmie z dnia 23.03.2015 r. i Zamawiający uznał również te wyjaśnienia za skutecznie i prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano oba odwołania na rozprawie.

Obu Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa

zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nich zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert z uwzględnieniem ofert przez nich złożonych, wówczas Odwołujący mieliby szansę na uzyskanie zamówienia w danym postępowaniu. Powyższe stwierdzenie odnosi się generalnie do obu odwołań, lecz nie dotyczy zarzutu w zakresie zaniechania odtajnienia oferty Comarch, podnoszonego w odwołaniu sygn. akt KIO 1269/15, co zostanie wyjaśnione w dalszej części uzasadnienia.

KIO 1268/15

Izba ustaliła, co następuje:

1. Bezsporne było, że postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono odwołanie, zostało wszczęte przed 19 października 2014 r. - datą wejścia w życie przepisów ustawy nowelizującej Prawa zamówień publicznych, tj. w dniu 14 października 2014 r.
2. Bezsprorna również była treść gwarancji wadialnej załączonej do oferty Odwołującego (w ofercie Odwołującego, strona 38; kopia oferty i innych dokumentów przywołanych

11

w uzasadnieniu w aktach sprawy). *W pkt 1 gwarancji zawarto*

postanowienie o treści „, wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, 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”. Sporne było, czy gwarancja o takiej treści należy do zabezpieczenia interesu Zamawiającego.

3. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, uznając że nie wniósł on wadium (pismo Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2015 r.), w związku z czym Odwołujący wniósł odwołanie. Zasadniczym zarzutem odwołania był zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, inne wskazywane w odwołaniu naruszenia przepisów byłyby ewentualną jego konsekwencją.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zacytowana wyżej treść gwarancji wadialnej odpowiada treści art. 46 ust. 4a po nowelizacji, która weszła w życie 19 października 2014 r. Wbrew stanowisku Odwołującego, nie ma znaczenia, że w treści gwarancji nie przywołano art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych przez podanie numeru artykułu i ustępu, zasadnicze znaczenie ma, że treść gwarancji w pkt 1 stanowi dosłowne recypowanie treści przepisu art. 46 ust. 4a w brzmieniu po nowelizacji. W ocenie składu orzekającego taka gwarancja nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w postępowaniu wszczętym przed dniem 19 października 2015 r., a więc Zamawiający prawidłowo wykluczył wykonawcę z postępowania. Izba podzieliła pogląd w tym zakresie jednolicie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

I tak, w sprawie KIO 1110/15, Izba zauważyła, iż „Zasadą jest, że wadium wniesione w innej formie, niż w pieniądzu, powinno zabezpieczać ofertę w taki sam, pełny sposób, jak wadium pieniężne. Nie można uznać, że gwarancja wadialna ma taką pożądaną cechę, jeżeli z jej postanowień wynika, że nie można z niej skorzystać w okolicznościach przewidzianych przez obowiązujące (dla danego postępowania) przepisy. (...) W orzecznictwie już zauważono, że „Faktem jest, że nowelizacja ta [obowiązująca od 19 października 2014 r.] rozszerzyła katalog dokumentów, których nieuzupełnienie przez wykonawcę doprowadzić może do utraty wniesionego wadium. Niemniej jednak zauważenia

12

wymaga również to, że tą samą nowelizacją ustawodawca ograniczył krąg wykonawców, którym utrata wniesionego wadium zagraża, a także, co równie istotne, zmienił rozkład ciężaru dowodu co do przyczyn, z których wykonawca nie uzupełnił w terminie odpowiednich

dokumentów. Przed dniem 19 października 2014 r., to 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. Tymczasem, po dniu 19 października 2014 r. (co oczywiste z uwzględnieniem odpowiednich przepisów przejściowych), to na Zamawiającym (w przypadku gdy zamierza on takiemu wykonawcy zatrzymać wadium) spoczywa obowiązek wykazania, że przyczyny nie złożenia przez wykonawcę odpowiednich dokumentów lub oświadczeń leżały po stronie tego wykonawcy.” (KIO 2369/14).

Konsekwencją powyższego jest pogląd, iż gwarancja wadialna recypująca treść przepisu obowiązującego od dnia 19 października 2014 r., nie może być uznana za prawidłową w postępowaniu wszczętym przed tą datą. Pogląd ten jest jednolicie prezentowany w orzecznictwie – tak KIO 532/15, 534/15, KIO 642/15 („W ocenie Izby nie można utożsamiać sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym i poprzednio obowiązującym, nie tylko z uwagi na poszerzony aktualnie zakres dokumentów, których nieuzupełnienie skutkuje zatrzymaniem wadium wykonawcy. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że ustawodawca w aktualnym brzmieniu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp złagodził nieco sytuację wykonawcy, nie dochowującego określonych we wskazanym przepisie obowiązków, związanych z nieuzupełnieniem dokumentów na żądanie zamawiającego. Zdaniem Izby aktualnie zasadniczo zmienił się ciężar dowodowy związany z wykazaniem niezłożenia (nieuzupełniania) określonych dokumentów przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. W brzmieniu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przed 19 października 2014 r. zamawiający mógł zatrzymać wadium w sytuacji, gdy wykonawca nie udowodnił, że nieuzupełnienie określonych dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Jeżeli więc wykonawca tego zamawiającemu nie wykazał zamawiający miał prawo zatrzymać wadium. Aktualnie zaś ustawodawca w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nałożył na zamawiającego ciężar oceny przesłanek do zatrzymania wadium, w tym oceny, czy nieuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ustawodawca aktualnie w tym względzie - w świetle literalnego brzmienia wskazanego przepisu - nie wymaga od wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że nieuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie, jak to miało miejsce we wskazanej regulacji obowiązującej przed dniem 19 października 2015 r. Konkludując prowadzone w tym względzie rozważania należy stwierdzić, że w świetle brzmienia art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp przed dniem 19 października 2014 r. zamawiający miał

łatwiejszą sytuację z punktu widzenia dowodowego do zatrzymania wadium, niż ma aktualnie. Stąd też wykazywanie, że aktualnie obowiązująca przesłanka do zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest tożsama czy korzystniejsza dla zamawiającego w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem 19 października 2014 r., jest nieuprawnione.”), KIO 699/15 („(...) Izba uznała, że warunki odpowiedzialności gwaranta zostały ukształtowane w treści gwarancji w sposób mniej korzystny, niż to wynika z mającego zastosowanie do Postępowania przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, co zaktualizowało konieczność wykluczenia Przystępującego z Postępowania z uwagi na niewniesienie wadium.”), KIO 714/15, 719/15. Dla takiej oceny gwarancji wadialnej nie może mieć znaczenia, czy wykluczenie wykonawcy na skutek niewniesienia wadium nastąpiło po informacji złożonej w trybie w art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.”. Izba w niniejszym składzie również podzieliła w całości pogląd przedstawiony wyżej we wszystkich przywołanych wyżej orzeczeniach: gwarancja wadialna o treści zgodnej z brzmieniem przepisów po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 19 października 2015 r., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym przed tą datą, nie stanowi prawidłowego wniesienia wadium, więc skutkować musi wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (wadium nieprawidłowe, jako niezabezpieczające należycie interesów Zamawiającego, uważa się za wadium niewniesione).

Izba oddaliła złożony przez Odwołującego w odwołaniu wniosek o „przeprowadzenie dowodu z wykładni gwarancji bankowej, dokonanej przez Strony ją zawierające, tj. COMP S. A. i mBank S. A.”. Izba badając zarzuty odwołania analizowała wyłącznie treść gwarancji

Odwołującego, załączonej do jego oferty. Jeżeli w tak sformułowanym wniosku miało chodzić o dalsze wyjaśnienia mBanku, złożone po terminie składania ofert, to nie mogą być brane pod uwagę, z następujących powodów: po pierwsze, treść gwarancji wadialnej musi być ustalona przed terminem składania ofert, po drugie - sama treść gwarancji wadialnej była jasna i jednoznaczna, dlatego dodatkowa wykładnia, poczyniona przez strony umowy gwarancji, nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 1268/15

Izba ustaliła, co następuje:

14

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie systemu Centralnego Archiwum Protokołów Elektronicznych (CAPE) zwanego dalej „Systemem” lub „Systemem CAPE” oraz świadczenie usług gwarancyjnych dla Systemu.
Przedmiot Umowy w szczególności będzie obejmował:
 - 1) przygotowanie projektu, w szczególności w zakresie komunikacji, harmonogramu, ryzyk oraz Projektu Technicznego zgodnie z zakresem opisanym w Załączniku nr 2 – Harmonogram etapów realizacji przedmiotu umowy dla Etapu I „Przygotowanie projektu”;
 - 2) dostawę oprogramowania i urządzeń oraz ich konfigurację i testy, zgodnie z zakresem opisanym w Załączniku nr 2 – Harmonogram etapów realizacji przedmiotu umowy dla Etapu II „Dostawa oprogramowania i urządzeń oraz ich konfiguracja i testy”;
 - 3) instalacja, konfiguracja i uruchomienie infrastruktury centralnej systemu CAPE, zgodnie z zakresem opisanym w Załączniku nr 2 – Harmonogram etapów realizacji przedmiotu umowy dla Etapu III „Instalacja, konfiguracja i uruchomienie infrastruktury centralnej systemu CAPE”;
 - 4) budowę portalu CAPE wraz z pracami analitycznymi oraz szkoleniami, zgodnie z zakresem opisanym w Załączniku nr 2 – Harmonogram etapów realizacji przedmiotu umowy dla Etapu IV „Budowa portalu”;
 - 5) Wdrożenie pilotażowe systemu CAPE w obrębie jednej apelacji wraz z zasilaniem systemu danymi, zgodnie z zakresem opisanym w Załączniku nr 2 - Harmonogram etapów realizacji przedmiotu umowy dla Etapu V „Wdrożenie pilotażowe systemu CAPE w obrębie jednej wybranej apelacji”;
 - 6) produkcyjne uruchomienie systemu CAPE wraz z przeszkoleniem użytkowników, zgodnie z zakresem opisanym w Załączniku nr 2 – Harmonogram etapów realizacji przedmiotu umowy dla Etapu VI „uruchomienie produkcyjne systemu CAPE”;
 - 7) przekazanie dokumentacji końcowej wraz z odpowiednimi rejestrami, zgodnie z zakresem opisanym w Załączniku nr 2 – Harmonogram etapów realizacji przedmiotu umowy dla Etapu VII „zamknięcie projektu”;
 - 8) świadczenie usług gwarancyjnych w zakresie działania dostarczonego sprzętu i oprogramowania w okresie 36 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru końcowego;
 - 9) przeniesienie autorskich praw majątkowych oraz, w odpowiednim zakresie, udzielenie niezbędnych licencji do dostarczonych produktów.

15

- (pkt. II.2.1 ogłoszenia o zamówieniu, po sprostowaniu).
2. Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2015 r., w postępowaniu złożono osiem ofert, m.in. oferty złożyli: Odwołujący, z ceną 4 674 000,00 zł i Comarch (dalej także: Przystępujący), z ceną 7 924 194,02 zł.
 3. Do obu wykonawców, Odwołującego i Przystępującego, Zamawiający skierował w tym samym dniu pismo, o tej samej treści, z wezwaniem do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny (pisma z dnia 13 marca 2015 r.). Obaj wykonawcy

złożyli wyjaśnienia w wyznaczonym terminie.

4. Wyjaśnienia Odwołującego były dwustronicowe. Na pierwszej stronie pisma z dnia 23 marca 2015 r. Odwołujący cytował orzecznictwo sądów okręgowych i KIO, i dalej stwierdzał, że „biorąc pod uwagę powyższe z całą stanowczością należy stwierdzić, iż w ofercie złożonej przez firmę Comtegra nie można mówić o rażąco niskiej cenie. Fakt ten potwierdza co najmniej kilka czynników”. Na drugiej stronie Odwołujący jako przedmiotowe czynniki wskazywał: metodę realizacji zamówienia (podnosił, że „nie odbiega ona od ogólnie przyjętych zasad realizacji projektów IT. Zastosowano tu bowiem, powszechnie wykorzystywaną metodykę, jaką jest „Agile”. Jest ona niezwykle skuteczna i co ważne niezwykle wydajna dla małych zespołów programistycznych”. Wyjaśniał, że posiada gotowy już wykonany system zarządzania archiwum wraz z portalem dostępowym, do wykonania pozostałych 10 procent funkcjonalności zostanie więc odpowiednio mniej literacji – pkt 1 pisma) oraz bezkosztowe oprogramowanie open-source (pkt 2 pisma). Odnośnie zysku wskazał, iż przekracza on średni relatywny zysk projektowy za rok 2013 (pkt 4 a pisma, brak pkt 3, który pominięto w numeracji). Stwierdził, że „kalkulacja ryzyk odbyła się rzeczowo i profesjonalnie” (pkt 4b pisma), oraz że posiada „własny rozbudowany dział serwisowy” (pkt 4c pisma). W podsumowaniu stwierdził, że ceny zaoferowane przez niego „są zwykłymi cenami rynkowymi” (ostatni akapit pisma).
5. Wyjaśnienia Comarch, wielostronicowe, były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny – prawidłowo Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za niewystarczające, które traktuje się tak, jak wyjaśnienia potwierdzające, że wykonawca złożył ofertę z rażąco niską ceną bądź jak niezłożenie wyjaśnień.

Izba oddaliła oba wnioski dowodowe, w zakresie dowodów powoływanych przez Strony na rozprawie, oba objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba uznała bowiem, że nie są one konieczne dla rozstrzygnięcia, i jedynie doprowadzą do niepotrzebnego postępowania. Z uwagi na przepis art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, na tym etapie

16

postępowania Izba bada jedynie, czy ocena wyjaśnień Odwołującego odnośnie rażąco niskiej ceny była prawidłowa. Na podstawie analizy dokumentacji postępowania, w szczególności wezwania Zamawiającego z dnia 13 marca 2015 r. do wyjaśnień ceny, skierowanego do Odwołującego (takiej samej treści wezwanie zostało skierowane do Przystępującego Comarch) i wyjaśnień Odwołującego z dnia 23 marca 2015 r., Izba na tak postawione pytanie odpowiedziała twierdząco: Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Zasadniczo w pełen sposób przywołana podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego mogłaby obejmować również art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (tj. odrzucenie nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych), niemniej jednak Zamawiający w sposób jasny i wyczerpujący opisał podstawy faktyczne odrzucenia oferty, analizując treść wyjaśnień Odwołującego z 23 marca 2015 r., zatem przyczyny odrzucenia oferty były dla Odwołującego jasne, co potwierdza także uzasadnienie zarzutu w odwołaniu.

Izba oceniając wyjaśnienia Odwołującego z dnia 23 marca 2015 r. całkowicie podzieliła stanowisko Zamawiającego. Wyjaśnienia są lakoniczne, pobieżne, nie tłumaczą poziomu zaoferowanej ceny (po otwarciu ofert Odwołujący musiał mieć świadomość, że jego cena była blisko dwukrotnie niższa od cen konkurencyjnych, zatem jego oferta będzie szczegółowo badana pod tym kątem). Właściwie wyjaśnienia Odwołującego można sprowadzić do stwierdzenia, że stoi on na stanowisku, że cenę obliczył prawidłowo. Wskazuje on, że jest oparta na zwykłych cenach rynkowych, oprogramowaniu open-source (dostępnemu praktycznie każdemu podmiotowi), oraz na metodzie powszechnie wykorzystywanej. Jako jedyne potencjalne źródło oszczędności pozwalające zaoferować cenę niższą, niż konkurencja, Odwołujący podał, iż posiada już gotowy wykonany system zarządzania archiwum. Ponadto, dopiero na rozprawie wskazywał, że jako posiadający doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, posiada dostęp do sprzętu oferowanego

przez producentów o znacznie niższych cenach.

Ponadto, w zakresie drugiego zarzutu odwołania, na podstawie wyżej ustalonego stanu faktycznego, w szczególności porównania cen zaproponowanych w ofertach Odwołującego i Przystępującego (oferta Przystępującego była droższa od oferty Przystępującego) Izba stwierdziła, że nie może się dopatrzyć po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu odnoszącego się do ewentualnego nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Przystępującego, dotyczących ceny jego oferty. Ewentualne odtajnienie tych informacji w

17

żaden sposób nie może wpłynąć na sytuację Odwołującego w postępowaniu. Gdyby tak sformułowany zarzut był jedynym zarzutem odwołania, Izba oddaliła by odwołanie w całości, ze względu na brak legitymacji do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bez rozpatrywania merytorycznego. Dlatego Izba nie badała przedmiotowego zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w niniejszym postępowaniu.

Konkludując, Izba stwierdziła, że nie stwierdziła naruszeń wskazywanych w odwołaniu sygn. akt KIO 1269/15, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych w sprawach sygn. akt KIO 1268/15 i KIO 1269/15 wydano orzeczenie łączne.

18

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

19