

WYROK
z dnia 21 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Katarzyna Prowadzisz
Robert Skrzyszewski
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 i 19 października 2016 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 30 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Data Techno Park Sp. z o.o. ul. Borowska 283b, 50-556 Wrocław** oraz **CompFort Meridian Polska S.A. Al. Jerozolimskie 65/79, 00-967 Warszawa**,

B. w dniu 30 września 2016 r. przez wykonawcę **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia
ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NEWMND Sp. z o.o. ul. Duńska 11, 54-427 Wrocław** oraz **Nexio Management Sp. z o.o. ul. Orzycka 27, 02-695 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1833/16 i KIO 1839/16 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. Al. Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1833/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1

1. uwzględnić oba odwołania i nakazać Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Data Techno Park Sp. z o.o.** i **CompFort Meridian Polska S.A.** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Data Techno Park Sp. z o.o.** i **CompFort Meridian Polska S.A.** do uzupełnienia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NEWMND Sp. z o.o.** i **Nexio Management Sp. z o.o.**,
2. kosztami postępowania obciążyć Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Data Techno Park Sp. z o.o.** i **CompFort Meridian Polska S.A.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.3. zasądzić od Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Data Techno Park Sp. z o.o.** i **CompFort Meridian Polska S.A.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu

i wynagrodzenia pełnomocnika,
2.4. zasądza od Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia na rzecz wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 1833/16
KIO 1839/16**

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę wsparcia Zamawiającego w utrzymaniu systemów teleinformatycznych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 maja 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 102-182913. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregoś z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. KIO 1833/16

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Data Techno Park Sp. z o.o. i CompFort Meridian Polska S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, iż oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną realną i nie zachodzi wobec tego podstawa do uznania jej jako rażąco niską.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Uzasadnienie odwołania Odwołujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

4

Izba, w ramach prowadzonej podczas postępowania odwoławczego kontroli poprawności czynności Zamawiającego – jak mowa w art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

– zbadala poprawność dokonanego odrzucenia oferty Odwołującego ze wskazaniem na art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako jego podstawę oraz przeprowadzonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz ich oceny, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym późniejsze wywody Stron dla dokonanego rozstrzygnięcia miały znaczenie jedynie marginalne.

W ocenie Izby przeprowadzona przez Zamawiającego czynność wyjaśnień poziomu ceny oferty Odwołującego i dokonana ocena oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie została przeprowadzona prawidłowo. Czynność ta zatem wymaga uzupełnienia w celu rozstrzygnięcia powstałych wątpliwości.

Zamawiający, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucił ofertę Odwołującego „jako złożoną z rażąco niską ceną, co znalazło potwierdzenie w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 18 lipca 2016 r.”

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu Zamawiający wskazał, iż cena oferty Odwołującego odbiega od wartości zamówienia o 53,5%, a od następnej oferty o 44%. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 9.981.696,00 zł (brutto), cena następnej oferty to 8.315.193,60 zł, a cena oferty Odwołującego to 4.641.841,60 zł. Zamawiający dwukrotnie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty i do przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na kalkulację ceny. Odwołujący 18 lipca 2016 r. oraz 19 sierpnia 2016 r. złożył wyjaśnienia bez przedstawienia dowodów na poparcie stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach, natomiast w postępowaniu wyjaśniającym wykonawca powinien udowodnić, nie budząc wątpliwości zamawiającego, że składowe ceny są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Złożone wyjaśnienia powinny być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniać przyjęte w ofercie kwoty.

Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że złożył podobne cenowo oferty w innych postępowaniach. Jeżeli jednak w każdym z nich posiłkował się „dofinansowaniem” z „wysokomarżowych” projektów, to może to oznaczać, że zasoby tam posiadane się wyczerpały lub są na wyczerpaniu, a tym samym wykonawca nie tylko nie uzyska marży, ale wykaże stratę. Stanowi to olbrzymie ryzyko dla Zamawiającego, że zlecenia nie będą realizowane ze względu na brak środków finansowych na dopłatę do wynagrodzenia miesięcznego eksperta.

Wykonawca powinien udowodnić prawdziwość podanych w ofercie elementów cenotwórczych i powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny oferty w stosunku do

5

cen rynkowych (cen pozostałych ofert). Ciężar obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który powinien w drodze wyjaśnień popartych dowodami przedstawić wszystkie okoliczności mające wpływ na indywidualne, właściwe danemu wykonawcy czynniki pozwalające na uzyskanie tak wysokiego obniżenia ceny oferty. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach odniósł się przede wszystkim do kosztów poszczególnych członków zespołu przeznaczonego do realizacji zamówienia, zaznaczając, że w większości wiązało go umowy cywilnoprawne, które zostały zawarte lub będą negocjowane w zakresie obniżenia wynagrodzenia dla tego projektu. Fakt podjęcia współpracy z „grupą podwykonawców oraz freelancerów” nie oznacza w praktyce obniżenia kosztów, lecz generuje koszty pozostawiania zasobów ludzkich w gotowości dla projektu oraz konieczność powołania dodatkowych ról, które muszą skoordynować zespół, którym nie dysponuje się elastycznie. Wykonawca nie wykazał ponadto, jak takie umowy wpływają na obniżenie kosztów. Niezależnie od powyższego, w świecie podmiotów informatycznych, powszechna jest współpraca z osobami na umowach cywilnoprawnych, a więc każdy z wykonawców takie okoliczności uwzględnił w ofercie.

Stawki wynagrodzeń wskazane przez Odwołującego znacząco odbiegają od stawek wykazywanych w raportach plac, m.in. na stronie www.wynagrodzenia.pl, gdzie wskazuje się, że wynagrodzenie rynkowe analityka to ok. 5.000 zł, a koszt architekta systemowego to ok. 8.000 zł. Odwołujący wskazał ok. 70% ww. kwot, co oznacza, że wskazał koszty wynagrodzeń poszczególnych osób wykonujących zamówienie obniżone o ok. 30%. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i odpowiedziami na pytania, zaangażowanie poszczególnych specjalistów nastąpi przez 5 dni w tygodniu, po 8 godzin, a także w soboty

i w dni wolne od pracy. Zamawiający jednoznacznie stwierdził także, że koszt dojazdu osób realizujących zamówienie po stronie wykonawcy stanowi jego koszt i nie może być wykazany w ilości roboczogodzin za zlecenie. Zwłaszcza w pierwszym okresie obowiązywania umowy realizacja zamówienia nie będzie odbywać się w siedzibie Zamawiającego, ale realizowana będzie w postaci wzmożonej liczby wizyt – koszt takich wizyt również powinien zostać uwzględniony. Dodatkowo należało uwzględnić koszty prac dodatkowych w postaci analizy dokumentacji i przeszkolenia zaangażowanych w realizację zamówienia specjalistów. Prace te wykonawca będzie musiał wykonać od dnia zawarcia umowy ponosząc koszt zaangażowania zespołu bez pozyskania zlecenia. Wykonawca nie uwzględnił żadnych kosztów związanych z pozyskaniem wiedzy, tj. zapoznania się z dokumentacją czy kodami przed przystąpieniem do prac wykonawczych.

Wykonawca nie wykazał też kosztów zapewnienia sprzętu dla swojego zespołu, łączy i innych kosztów niż koszty pracownicze, w tym kalkulacji ryzyk. W zestawieniu kosztów nie zostały uwzględnione też koszty lokalowe (ujęcie w kosztach innych 8-10 tys. zł, jako zabezpieczenie kosztów dla 35 pracowników na cały okres obowiązywania umowy jest

6

kwotą jak na realia rynku warszawskiego znacząco zaniżoną), a część zamówienia będzie realizowana poza siedzibą Zamawiającego.

Informacja o zakontraktowaniu osób po zaniżonych stawkach, gdyż ich praca jest *de facto* refinansowana z innych źródeł, wskazuje, że wykonawca nie podał pewnych kosztów projektu. Oparcie budowy zespołu na „wysokomarżowych” projektach jest ryzykowne, gdyż wykonawca nie udowodnił, że je posiada, a ich pozyskanie jest czasochłonne, a wynik niepewny. Dodatkowo projekty „wysokomarżowe” są obarczone wysokim ryzykiem wykonania i mogą generować potrzebę zaangażowania większej liczby specjalistów w ich realizację. Oznacza to, że realizacja przedmiotowego zamówienia może być niepewna. Dla Zamawiającego istnieje ryzyko, że w przypadku braku takich projektów lub ich niepowodzenia, umowa nie zostanie zrealizowana, także brak dowodów na potwierdzenie, że ich wartość i sytuacja projektowa pozwala na założenie, że mogą finansować inne projekty. Sam fakt dopłacania do wynagrodzenia z innych projektów nie może oznaczać, że jest to koszt innego projektu niż realizowanego. Istnienie innych dużych projektów, w których zaangażowani są ci sami specjaliści, rodzi ryzyko braku zespołu do realizacji zamówienia w momencie pojawienia się zlecenia. Niezależnie od powyższego fakt realizacji prac „dla portfela projektów” nie jest sytuacją wyjątkową, charakterystyczną dla tego jednego wykonawcy, ale właściwą i powszechną dla rynku IT. Nie może jej więc wykonawca wykazywać jako czynnik uzasadniający obniżenie kosztów i to w tak znaczący sposób w stosunku do ofert innych wykonawców. Wykonawca przewidując jednoczesną realizację kilku projektów powinien wziąć pod uwagę konieczność zapewnienia zastępstwa specjalistów, wymiany wiedzy i ponownego przeszkolenia tych, którzy jako zastępujący takiego szkolenia nie mieli.

Wykonawca nie przedstawił żadnego wyjątkowego warunku wyróżniającego go na tle innych wykonawców z określonej branży zawodowej.

W przypadku nieudowodnienia, że cena ustalona z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, potwierdzonych załączonymi dowodami, nie jest rażąco niska, Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę. Wybranie bowiem oferty z rażąco niską ceną stwarza zagrożenie nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, który taką ofertę złożył. Składając wyjaśnienia wykonawca nie wskazał żadnych obiektywnych czynników uzasadniających sposób kalkulacji ceny, co winno skutkować odrzuceniem oferty jako zawierającej cenę rażąco niską.

Wyjaśnienia Odwołującego z 18 lipca oraz 19 sierpnia 2016 r. zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

7

Zgodnie z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w niniejszym postępowaniu „1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania

przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. 3. 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.”

Ceny rynkowe, ceny konkurencyjnych ofert czy wartość szacunkowa zamówienia mogą posłużyć do wstępnej oceny oferty, tj. do stwierdzenia, czy należy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wartość szacunkowa zamówienia jest obliczana różnymi metodami, najczęściej pewnie jest to średnia spodziewanych cen. Jednak jest to pewien punkt odniesienia, ale nie okoliczność przesądzająca. Podobnie wartość konkurencyjnych ofert. Natomiast ocenie, czy cena jest rażąco niska, podlega już wyłącznie konkretna oferta.

Opisana w ustawie Prawo zamówień publicznych procedura zakłada, że zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu lub nieodrzuceniu danej oferty, powinien rozstrzygnąć, czy w tej ofercie ma do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie. Warunkiem koniecznym tego jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy, a do tego z kolei konieczne jest prawidłowe przeprowadzenie procedury wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak zaś wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający nie przeprowadził tych wyjaśnień i ich oceny prawidłowo, a dokonana ocena (jej uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty) jest nieadekwatna do przeprowadzonych wyjaśnień.

8

Na wstępie należy podkreślić, iż – pomimo że taki „skrót myślowy” jest czasem stosowany w orzecznictwie i piśmiennictwie – na gruncie prawa polskiego i europejskiego nie istnieje żadne domniemanie prawne ani faktyczne, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Ustawodawca, działając racjonalnie, nie mógł bowiem poczynić odgórnego założenia, że cena jest rażąco niska, w stosunku do podmiotów, które profesjonalnie uczestniczą w rynku z założeniem osiągania zysku ze swojej działalności. Należy raczej zakładać, że ich oferty są przemyślane i „poważne”. Żądanie wyjaśnień przez zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych co najwyżej powoduje więc takie „domniemanie”, że wykonawca może domniemywać, iż zamawiający rozważa odrzucenie jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to odrzucenie nastąpi, jeśli zamawiający nie uzyska satysfakcjonujących go wyjaśnień.

Przyjęta przez ustawodawcę zasada rozłożenia ciężaru dowodu dotyczącego poziomu ceny wynika z powodów praktycznych – zamawiającemu (czy też innemu, konkurującemu, wykonawcy) niebylewa ciężko byłoby bowiem udowodnić, jakie są koszty realnie ponoszone przez inny podmiot (jakie uzyskał oferty, jakie ma źródła zakupu, jakie koszty własne itd.) – a najprawdopodobniej byłoby to wręcz niemożliwe. Dlatego też, na co warto zwrócić uwagę, i w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjęto to samo założenie, tj. zamawiający nie musi udowodnić, że cena danej oferty jest rażąco niska, ale ma dokonać jedynie oceny.

Art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie uwypukla tej kwestii, ale już jego „przepis-matka”, czyli art. 55 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na

roboty budowlane, dostawy i usługi w ustępie 2. wskazuje na istotną kwestię, w jaki sposób wyjaśnienia powinny być prowadzone: „przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.” Oznacza to, że zamawiający powinien tę ofertę z wykonawcą niejako „omówić”, żeby wyjaśnić niejasności i wątpliwości.

Również w orzeczeniu z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że zgodnie z art. 55 dyrektywy 2004/18, jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie względem świadczenia, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert zwraca się na piśmie o podanie szczegółów, dotyczących składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Z powyższych przepisów, sformułowanych w sposób imperatywny, wynika w sposób jasny, że zamiarem prawodawcy unijnego było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert,

9

poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne. W związku z tym zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontrydiktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach. Jakkolwiek wyliczenie zawarte w art. 55 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/18 nie jest wyczerpujące, to jednak nie jest one czysto informacyjne, i w związku z tym nie pozostawia instytucjom zamawiającym swobody przy ustalaniu, jakie są istotne okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, zanim odrzucona zostanie oferta jawiąca się jako rażąco niska. Z wymogu zapewnienia skuteczności art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/18 wynika, że instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.

Należy tu zwrócić uwagę, iż wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny zmierzać do ustalenia stanu faktycznego, aby umożliwić ocenę prawidłowości zastosowanej ceny. Wyjaśnienia nie muszą być jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstawać kolejne pytania. A w przypadku podania w ofercie wyłącznie ceny globalnej (bez jej rozbicia w formularzu ofertowym/cenowym), prawdopodobnie takie nawet być nie mogą. W sytuacji bowiem, w której częścią oferty jest szczegółowy formularz cenowy lub kosztorys, zamawiający może od razu zwrócić się o wyjaśnienie poszczególnych pozycji lub też przedstawienie dowodów, czy zadeklarowane ceny są realne. W przypadku jednej ceny globalnej oferty takie rozbicie następuje dopiero podczas wyjaśnień – zatem dopiero w tym momencie zamawiający będzie mógł sformułować konkretne pytania co do elementów ceny. Jeśli wykonawca w ramach wezwania do wyjaśnień otrzyma od zamawiającego konkretne pytania, może udzielić mu szczegółowych odpowiedzi w kwestiach, które najbardziej interesują zamawiającego. Jeśli takich pytań nie otrzyma, udziela odpowiedzi w zakresie, który on sam uznaje za najbardziej istotny i trudno mu z tego robić zarzut w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie są ogólnikowe i wymijające, ale tzw. „merytoryczne”. Wykonawca, jeśli uzna to za celowe, w swoich wyjaśnieniach może także wykraczać poza pytania zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wykonawcy przedstawiali cenę oferty jako cenę globalną za wykonanie całości zamówienia oraz jako stawkę za roboczogodzinę pracy specjalistów. W ofertach brak było bardziej szczegółowych kalkulacji kosztów.

10

Wezwanie Zamawiającego z 12 lipca 2016 r. do wyjaśnień dotyczących ceny, skierowane do Odwołującego, polega zasadniczo na przytoczeniu treści art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to zatem zapytanie ogólnikowe i o ile jeszcze można je zaakceptować w momencie, gdy Zamawiający dysponował jedynie globalną ceną oferty (oraz cenami jednostkowymi w postaci stawki roboczogodziny), to nie wtedy, kiedy ma już konkretne

informacje i konkretne wątpliwości. Warto jeszcze raz podkreślić stanowisko Trybunału Sprawiedliwości: zamawiający powinien w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty. W innym wypadku dany zamawiający każdorazowo może odrzucić ofertę wykonawcy stwierdzając, że wyjaśnienia wcale nie poszły w kierunku, którego oczekiwał, a którego wykonawca akurat się nie domyślił. Zresztą nie bez powodu w przepisie wskazano na „elementy oferty” – mając na myśli także ukierunkowanie wyjaśnień (podobnie też – ukierunkowanie dowodów).

Jakkolwiek jest bezsporne w orzecznictwie i praktyce, a obecnie poparte także brzmieniem przepisu, że ciężar udowodnienia poprawności zaproponowanej ceny oferty spoczywa na wykonawcy, to jednak zamawiający powinien wskazać mu, w jakim kierunku wyjaśnienia te powinny być poprowadzone i na jakie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli co w jego ofercie budzi wątpliwości zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie domysłom wykonawcy. Jeśli wykonawca nie otrzyma konkretnych wskazówek od zamawiającego, udzieli odpowiedzi w zakresie i stopniu szczegółowości, który sam uzna za właściwy i trudno mu czynić zarzut, że wyjaśnienia te nie idą torem oczekiwanym przez zamawiającego. Podobnie w przypadku przedstawiania dowodów – praktyka przeprowadzania wyjaśnień w oparciu o art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na to, że zamawiający i wykonawcy, najczęściej, uznają za wystarczający dowód samo oświadczenie wykonawcy w postaci wyjaśnień, dowody w postaci dodatkowych dokumentów dotyczą już konkretnych okoliczności – wykonawcom ciężko więc z góry przewidzieć, na jakie okoliczności mają przedstawić dodatkowe dokumenty.

Jeśli więc w takim przypadku wykonawca przedstawił wyjaśnienia (i ewentualnie dowody), które w jego mniemaniu udowodniły jego stanowisko, zamawiający powinien wskazać inne lub dodatkowe okoliczności, które wykonawca ma udowodnić (dodatkowymi dokumentami) lub wyjaśnić. Trudno jest bowiem wymagać od wykonawcy, aby przedstawił on wyjaśnienia i dowody na nieokreślone i wszystkie okoliczności i nie może być tak, że dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskaże, że miał na myśli zupełnie inne kwestie i tylko wykonawca nie pojął jego milczących intencji. Przy takim podejściu zamawiający w sposób dowolny mogliby odrzucać oferty wykonawców.

11

Tymczasem Zamawiający, w piśmie z 10 sierpnia 2016 r., owszem, zadał Odwołującemu dodatkowe pytania dotyczące niektórych elementów oferty, ale nie do końca dotyczyły one tych kwestii, które następnie wskazał jako podstawę odrzucenia oferty. Zamawiający nie wskazał też, że oczekuje dowodów na poparcie poszczególnych twierdzeń Odwołującego – w szczególności których konkretnie. Jeśli okoliczność ta była rozstrzygająca dla oceny wyjaśnień Odwołującego, to, zdaniem Izby, Zamawiający powinien to Odwołującemu wskazać (np. iż oczekuje dowodów na potwierdzenie wysokości wynagrodzenia danego specjalisty). Gdyby na takie bezpośrednie wezwanie Odwołujący wciąż nie przedstawił dowodów, odrzucenie oferty byłoby bezsporne.

Zdaniem Izby, nawet jeśli wyjaśnienia Odwołującego nie zadowolily Zamawiającego, nie można ich uznać za wymijające czy ogólne, a wykonawca starał się udzielić wyczerpującej odpowiedzi.

Poprawne jest, że Odwołujący odniósł wyjaśnienia przede wszystkim do kalkulacji kosztów realizacji zamówienia. Okoliczności takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej – podane jako przykład przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a następnie w dyrektywach i ustawie Prawo zamówień publicznych – choć przy ocenie wyjaśnień (jeśli zostaną wskazane) nie mogą zostać pominięte – w praktyce u wykonawców występują dość rzadko, toteż i rzadko w wyjaśnieniach są przywoływane. Wykonawca, składając wyjaśnienia, powinien wskazać, co spowodowało możliwość zaoferowania danego poziomu ceny, jej obniżenia oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom. Jednak zanim zacznie się wyjaśniać przyczyny obniżenia poziomu, należy ustalić „normalny” poziom ceny, bo może akurat poziom zaoferowany przez danego wykonawcę jest „normalny”. A wyjaśnienia Odwołującego zmierzały właśnie w kierunku wykazania, iż jego

cena ma poziom zwykły, a nie obniżony z jakichś szczególnych powodów. Wyjaśnienia Odwołującego były racjonalne i przemyślane (Izba nie ocenia tu, czy finansowo poprawne i rzeczywiście pokryją koszty realizacji zamówienia). Odwołujący odniósł się do cen rynkowych, czy też swoich cen, by wskazać rynkowość, realność i rzetelność obliczenia oraz to, że taki poziom cen pozwala mu na należyte wykonanie umowy. W swoich wyjaśnieniach, co ważne, wskazał elementy składowe swojej oferty poprzez przedstawienie głównych elementów kalkulacji. Teraz do Zamawiającego należy ocena, czy poziom tej kalkulacji pozwala na pokrycie kosztów wykonania zamówienia. Jak już wskazano powyżej, Zamawiający nie musi udowodnić, że cena danej oferty jest rażąco niska, ale ma dokonać oceny wyjaśnień. Jednak ocena ta musi być rzetelna, oparta na faktach, umotywowana i przekonująca. Ocenę tę mają mu umożliwić pytania do

12

wykonawcy, a wątpliwości powinny rozwiewać wyjaśnienia i dowody. Ale aby wykonawca mógł takie wyjaśnienia i dowody przedstawić, zamawiający musi takie wątpliwości mu ujawnić. Jeżeli po otrzymaniu od odwołującego spisu/opisu głównych elementów składowych usługi zamawiający uważa, że przedstawione przez wykonawcę koszty lub założenia są zaniżone, niekompletne czy błędne, powinien wskazać w uzasadnieniu poprawne ich wartości wraz z argumentacją na poparcie swojego stanowiska. Jeśli więc jakaś kwestia budziła szczególne zainteresowanie lub wątpliwości Zamawiającego, powinien był ją wskazać jako wymagany punkt wyjaśnień. Należy tu ponownie podkreślić, że Zamawiający niewątpliwie uzyskałby interesujące go informacje, gdyby zwrócił się do wykonawcy ze stosownym zapytaniem, więc prawidłowe przeprowadzenie wyjaśnień jest tu zasadniczą kwestią. Dopiero uzyskane informacje Zamawiający mógłby ocenić (pozytywnie lub negatywnie).

Przedmiotem zamówienia jest usługa wsparcia w utrzymaniu systemów teleinformatycznych Zamawiającego, zatem usługa o charakterze intelektualnym, tym samym jej wycena zależy w dużej mierze od tego „na ile się ceni” dany wykonawca czy specjalista. Nie było sporne, że zasadniczą częścią kosztów (nawet 90%), które poniesie wykonawca, będzie koszt wynagrodzenia specjalistów przeznaczonych do realizacji prac. Według specyfikacji istotnych warunków zamówienia ekspertów tych miało być minimum 35. Zamawiający nie negował wskazanego w wyjaśnieniach Odwołującego sposobu rozłożenia roboczogodzin pomiędzy poszczególnych specjalistów (dla różnych specjalistów zostały wskazane różne kwoty wynagrodzenia, z których niektóre stanowiły wielokrotność innych). Nie zanegował także poszczególnych kosztów i stawek wskazanych w tabelach zawartych w wyjaśnieniach. (Najniższe wynagrodzenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ogóle nie ma zastosowania dla specjalistów z wymaganymi kwalifikacjami.)

Zamawiający wskazał jedynie ogólnie, że stawki wynagrodzeń wskazane przez Odwołującego znacząco odbiegają od stawek wykazywanych w raportach płac, m.in. na stronie www.wynagrodzenia.pl. Należy jednak podkreślić, na co wskazywał też Odwołujący, że strony internetowe czy inne bazy danych mogą co najwyżej wskazywać na pewne dane statystyczne czy tendencje płacowe, a nie konkretne wynagrodzenie konkretnego specjalisty dla konkretnego zamówienia. To, jak wskazano powyżej, zależy głównie od pracochłonności danego zadania, od tego, na ile dany specjalista „się ceni” i ile druga strona jest skłonna zapłacić, czyli wyłącznie od tego, na jakie stawki strony się umówią. Należy zwrócić uwagę, że nawet Główny Urząd Statystyczny, podając dane dotyczące wynagrodzeń w branży IT zaznaczył, że zebrane przez niego dane nie są reprezentatywne (dowód przedstawiony przez Konsorcjum Newind) – nie ma wątpliwości, iż wynika to z uznania faktu, że płace te są

13

kształtowane w sposób wysoce indywidualny. Trudno więc uznać, że jednozdaniowe odniesienie się przez Zamawiającego do kwestii wynagrodzeń ekspertów (kluczowego przecież kosztu realizacji zamówienia) jest poprawnym uzasadnieniem oceny wyjaśnień. Dodatkowo, podczas rozprawy Odwołujący przedstawił dowód w postaci oświadczeń osób, które, jak oświadczył, byłyby przeznaczone do realizacji zamówienia, Zamawiający nie zanegował tego dowodu w sposób skuteczny. Tym samym Zamawiający musi ponownie

przeprowadzić badanie i ocenę tej kwestii.

Kolejną istotną kwestią wyjaśnień było wskazanie na „dofinansowanie” specjalistów z „wysokomarżowych” projektów. Oczywiście przerzucanie finansowania zamówienia z jednego zadania na drugie jest niedopuszczalne – było to już wielokrotnie wskazywane w orzecznictwie. Zatem koszt realizacji danego zamówienia musi dać się pokryć z oferowanej ceny, a nie z zysku z innych kontraktów. Dopuszczalne jest jednak zawieranie z danymi podmiotami kilku kontraktów – racjonalne jest, iż w takim wypadku wiąże się to z możliwością obniżenia stawek na poszczególnych kontraktach (na zasadzie „efektu skali”) – pod warunkiem, że każdy kontrakt wiąże indywidualnie, a dokładniej, że kontrakt objęty danym zamówieniem publicznym nie przewiduje rozwiązania z uwagi na rozwiązanie innych kontraktów lub też – w takim przypadku – nie zostanie zwiększona stawka wynagrodzenia. W takim wypadku słuszne mogłyby być obawy Zamawiającego o niezrealizowanie zamówienia za wskazane stawki. Tym samym Zamawiający musi ponownie przeprowadzić badanie i ocenę tej kwestii.

Co do kosztów zapewnienia sprzętu dla zespołu, łączy internetowych, kosztu wynajmu mieszkań dla specjalistów czy ich dojazdów do miejsca realizacji zlecenia itd., o których mowa w informacji o odrzuceniu oferty – Zamawiający nie wskazał, na ile założenia poczynione przez Odwołującego są błędne (według Odwołującego koszty te będą jedynie nieznaczne) i jaka jest to, jego zdaniem, skala pominiętych kosztów, skoro zaważyły one na jego ocenie. Tym samym Zamawiający musi ponownie przeprowadzić badanie i ocenę tej kwestii.

Powtarzając czynność Zamawiający może, według własnego uznania, zbadać także inne okoliczności niż wskazane w informacji o odrzuceniu oferty.

Przy tym Izba wskazuje, że dokonane przez nią rozstrzygnięcie nie przesądza, czy cena oferty Odwołującego jest, czy też nie jest rażąco niska, gdyż rzeczywiście różnica w cenie pomiędzy tą ofertą (4.641.841,60 zł) a ofertami pozostałymi (8.315.193,60 zł i więcej) jest

14

zastanawiająca, jednak odniosła się do sposobu oceny wyjaśnień Odwołującego uwidocznionego w informacji o odrzuceniu jego oferty.

Odwołanie o sygn. KIO 1839/16

Odwołujący – Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Newind Sp. z o.o. (obecnie Newind S.A.) oraz Nexio Management Sp. z o.o. (zwanych dalej „Konsorcjum Newind”), na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak wniesienia wadium i zaniechaniu uznania oferty Konsorcjum Newind za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. zaniechaniu odtajnienia i ujawnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum Newind dokumentów obejmujących:
 - a) nazwę firmy Podwykonawcy, na którego zasoby Konsorcjum Newind powołało się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - b) zobowiązanie podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie wraz z dokumentami tego podmiotu,
 - c) wykaz usług sporządzony według załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do pozycji nr 2, 3 i 5 wykazu, przez co nie jest możliwe dokonanie przez Odwołującego analizy spełnienia wymagań podmiotowych,zbadanie w tym zakresie oferty Konsorcjum Newind i wykazanie, że wykonawca ten winien zostać wykluczony z uwagi na brak spełnienia wymagań podmiotowych,
3. zaniechaniu wezwania Konsorcjum Newind do złożenia wyjaśnień i dowodów w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo iż cena oferty wydaje się ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego

wymaganiami, a także zaniechaniu dokonania wnikliwej analizy tych wyjaśnień wraz z dowodami, a w dalszej kolejności, o ile nie usuną one przedmiotowych wątpliwości, odrzucenia oferty Konsorcjum Newind z uwagi na zawarcie w ofercie ceny rażąco niskiej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

15

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Newind oraz unieważnienia czynności oceny ofert,
2. odtajnienia i ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Newind w sposób nieuprawniony,
3. wystąpienia do Konsorcjum Newind z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie do dokonania oceny wyjaśnień, z uwzględnieniem zarzutów podniesionych przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu, a w przypadku braku potwierdzenia, że oferta Konsorcjum Newind nie zawiera rażąco niskiej ceny, odrzucenia ww. oferty,
4. wykluczenia Konsorcjum Newind z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert i uznanie oferty Konsorcjum Newind za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. wyboru oferty Pentacomp jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Newind S.A. i Nexio Management Sp. z o.o. (Konsorcjum Newind), na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak wniesienia wadium Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Nie było sporne, iż oferta została złożona wspólnie przez spółki Newind S.A. i Nexio Management Sp. z o.o., natomiast złożona Zamawiającemu gwarancja została wystawiona dla Newind S.A. (działającej jeszcze jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) i tylko tej spółki dotyczy. Tym samym nie ma tożsamości pomiędzy podmiotem, którego gwarancja dotyczy a oferentem.

Ze stanowisk Stron oraz Przystępującego wynika, iż znane są im założenia obu istniejących w orzecznictwie stanowisk dotyczących kwestii poprawności wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zatem nie ma potrzeby powtarzać ich w uzasadnieniu. Stanowiska te znane są również Izbie. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela jednak stanowisko, zgodnie z którym w treści gwarancji oferent musi być wskazany prawidłowo – a zatem muszą być w niej wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (a przynajmniej być zachowana wersja minimum, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta właśnie oferta jest zabezpieczona gwarancją). Odmienne stanowisko zaś skład orzekający uznaje za niepoprawne pod względem prawnym, pomimo jednak w niniejszym uzasadnieniu jego krytykę, czy polemikę z nim. Skład orzekający podziela również co do zasady poglądy wyrażone w orzeczeniach, które

16

wskazują na to, że dla zabezpieczenia interesu zamawiającego w treści gwarancji powinni być wskazani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jak np. wyrok KIO z 22 maja 2015 r., sygn. KIO 974/15, wyrok KIO z 1 lipca 2015 r., sygn. 1251/15, wyrok KIO z 14 września 2015 r., sygn. KIO 1881/15, wyrok KIO z 17 września 2015 r., sygn. 1936/15, wyrok KIO z 8 października 2015 r., sygn. KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15. Nie powielając jednak zawartej tam, dość obszernej, argumentacji, wskaże najistotniejsze jego zdaniem przesłanki poprawności tego stanowiska.

Po pierwsze nie budzi wątpliwości, że gwarancja wadium powinna zabezpieczać ofertę danego oferenta – w ustawie Prawo zamówień publicznych zwanego wykonawcą, zgodnie

z definicją wykonawcy zawartą w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych). Po drugie, jest oczywiste, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zwanych w praktyce „konsorcjum”) owym oferentem – wykonawcą są wszystkie podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia jako całość, a nie którykolwiek z nich oddzielnie (poszczególne konsorcjanty). Wynika to bezpośrednio z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że: „1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. 3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.”

Po trzecie – to, kto jest oferentem – wykonawcą wynika z treści oferty, a to, czyją ofertę zabezpiecza gwarancja – wynika z treści gwarancji. Biorąc zaś pod uwagę stosowaną konstrukcję treści gwarancji, nie ma innego sposobu identyfikacji danej oferty, o której mówi gwarancja, niż poprzez wskazanie nazwy zamawiającego, nazwy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz, przede wszystkim, nazwy oferenta.

Po czwarte, wymóg, by wykonawca poprawnie określił swoją nazwę lub skład podmiotowy, jest oczywisty i nie musi być szczególnie podkreślany przez ustawodawcę.

Bezpośrednią konsekwencją powyższego stanu prawnego jest to, że oferta złożona przez konsorcjum nie jest tym samym, co oferta złożona przez konsorcjanta – co do tego poglądy w praktyce zamówień publicznych są jednolite. Nie powinno też budzić wątpliwości, że oferent zarówno w treści oferty, jak i w treści gwarancji wadialnej tę ofertę zabezpieczającej, powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam oferent, nie można przypisać danej gwarancji do danej oferty – tym samym z jednej strony nie ma więc oferty zabezpieczonej gwarancją wadialną, a z drugiej – gwarancją nie została zabezpieczona złożona oferta. Tym samym nie ma znaczenia, że w danej gwarancji została podana prawidłowa nazwa postępowania, kwota wadium, bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie do wypłaty – jeśli nie ma „tylko” oferty, którą owa gwarancja zabezpiecza.

Z tego powodu w braku wskazania w treści gwarancji prawidłowego oferenta (a tym samym i prawidłowej oferty) nie chodzi nawet o to, że gwarant może odmówić realizacji gwarancji, jeśli okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych

17

wystąpią w stosunku do konsorcjanta innego niż Newind S.A., ale także jeśli będą dotyczyły samej Newind S.A. Z punktu widzenia bowiem treści gwarancji w połączeniu z treścią złożonej oferty żaden z tych podmiotów nie istnieje z punktu widzenia treści gwarancji, bo nie istnieje zabezpieczona tą gwarancją oferta.

Nie mają tu znaczenia prawnego ewentualne zapewnienia gwaranta, że wypłaci kwotę wskazaną w gwarancji, nie wynikają one bowiem z treści gwarancji. Podobnie jak oświadczenie, iż gwarant wiedział, że ofertę spółka Newind złoży wspólnie z innym podmiotem – w takim wypadku tym bardziej w treści gwarancji należało to ujawnić. Należy bowiem pamiętać, że gwarancja należy do czynności abstrakcyjnych, a zatem istotne jest to, co zostało wskazane w jej treści – to bowiem wiąże gwaranta – a nie kauza tej czynności i to jeszcze wywiedziona pośrednio ze stosunków pomiędzy poszczególnymi podmiotami.

Dodatkowo należy zauważyć, że, zgodnie z jednolitymi poglądami wyrażanymi w orzecznictwie i piśmiennictwie, żadne oświadczenia ani inne czynności dokonane po terminie składania ofert będącego jednocześnie terminem, do którego należało wnieść wadium (art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), nie mogą uzupełnić ani korygować wniesionego wadium, a więc również zmieniać treści gwarancji wadialnej, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień, a wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne (za wyjątkiem wyraźnie dopuszczonych w przepisach, jak np. przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium). Wynika to z ww. art. 45 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z których połączenia wynika norma prawna, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a jeśli wadium nie zostanie wniesione do upływu terminu składania ofert, wykonawcę obowiązkowo się wyklucza z postępowania. Odpowiada to również założeniom art. 70 § 4 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym przystępujący do przetargu powinien wpłacić organizatorowi przetargu określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, czyli wadium, pod rygorem niedopuszczenia do niego. Tym samym do przetargu może być dopuszczony jedynie podmiot, który wpłaci określoną sumę lub ustanowi odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty przed przystąpieniem do przetargu, którym jest złożenie oferty (przynajmniej w modelu klasycznego przetargu jednoetapowego).

Z sytuacji, gdy oferent, czyli i oferta wskazana w gwarancji, nie jest tym samym oferentem i ofertą, które pojawiły się w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wynika więc, że nie ma jednności podmiotowo-przedmiotowej pomiędzy nimi, zatem zmieniony został/zostałby zakres pokrycia gwarancją danego stanu faktycznego.

To z kolei musi prowadzić do dwóch skutków: po pierwsze składając oświadczenie, iż w stosunku do „wykonawcy, którego oferta” została wybrana lub mogłaby zostać wybrana, a który został wskazany w gwarancji, wystąpiła któraś z sytuacji wskazanych w art. 46 ust. 4a lub ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie oddawałby prawidłowo

18

stanu faktyczno-prawnego istniejącego w postępowaniu (bo w postępowaniu nie ma i nie było oferty Newind S.A., której dotyczy gwarancja) i gdyby został przez gwaranta o okazanie tej oferty poproszony, nie mógłby jej okazać (i zdaniem Izby nie jest to „merytoryczne” badanie żądania, a jedynie formalne sprawdzenie, czy żądanie dotyczy danej gwarancji).

Po drugie – gwarant może automatycznie podnieść w stosunku do beneficjenta gwarancji zarzut przekroczenia zakresu gwarancji (wystąpienia stanu, którego gwarancja nie obejmuje), inaczej dokonując wypłaty działałby na własną niekorzyść, co wywołuje skutki nie tylko cywilnoprawne, ale także karne. Tym samym wcale nie jest pewne, że Zamawiający jakkolwiek wypłatę z takiej gwarancji by uzyskał (już nawet pomijając powszechnie znany fakt, że kiedy konieczność wypłaty staje się realna, a nie tylko teoretyczna, zobowiązani są mniej skłonni do dokonania owej wypłaty niż do wcześniejszych zapewnień). Zresztą nawet gdyby gwarant zdecydował się wypłacić sumę gwarantowaną oczekując regresu od zleceniodawcy gwarancji, to z kolei Newind S.A. mogłaby dochodzić od Zamawiającego zwrotu wypłaconej sumy w oparciu choćby o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu, na podstawie właśnie wyżej opisanego zarzutu. I nawet gdyby Zamawiający w konsekwencji wygrał spór, to możliwość zaistnienia takiego sporu, jak i bardzo realna możliwość jego przegrania, zawsze istnieje.

Sytuacja taka nie jest zgodna z istotą wadium zawartą w jej definicji (art. 70 4 § 1 Kodeksu cywilnego), zgodnie z którą zabezpieczenie zapłaty sumy ma być odpowiednie. Natomiast zabezpieczenia, które jest niepewne i potencjalnie sporne, w żadnym wypadku nie można nazwać odpowiednim. Co więcej – z czym się zgadzają, a nawet podkreślają przedstawiciele reprezentujący oba sprzeczne stanowiska dotyczące poprawności gwarancji wadialnej – wadium wniesione w innej formie niż pieniężna, jako jej substytut, musi zabezpieczać interesy zamawiającego w sposób nie gorszy niż pieniądze spoczywające na jego rachunku bankowym. Natomiast gwarancja wadialna, której zapłata jest co najmniej dyskusyjna, nie zabezpiecza interesów zamawiającego nie gorzej niż forma pieniężna wadium (a więc znów – nie jest to „odpowiednie” zabezpieczenie). Doskonale ujął to Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14 października 2015 r. o sygn. XXIII Ga 1313/15: „Na marginesie należy wskazać, iż ocena, czy bank (gwarant) jako uczestnik obrotu cywilnoprawnego w praktyce wykona ciężące na nim zobowiązanie wynikające z gwarancji daleko wykracza poza ramy niniejszego postępowania [chodzi o postępowanie skargowe – przyp. aut.], ponieważ nigdy nie będzie możliwe jednoznaczne i pewne przesądzenie o potencjalnym zachowaniu banku.” I ten właśnie cytat znakomicie podkreśla wadliwość argumentacji o poprawności gwarancji, w której nie wskazano, że gwarancja zabezpiecza ofertę konsorcjum – gdyż zamawiający nie może stwierdzić równie beztrósco jak sąd, że nie wiadomo i nie ma znaczenia, jakie będzie zachowanie gwaranta w chwili, kiedy zażąda on zapłaty sumy gwarantowanej – to zamawiający bowiem będzie wypłaty dochodził i w oparciu o treść posiadanej gwarancji musi

19

być pewny, że sumę wadialną uzyska. I przede wszystkim też, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców, zamawiający musi zweryfikować także poprawność wniesionych przez nich wadium – nawet jeśli w stosunku do 99% z nich nigdy nie zdecyduje się tego wadium zatrzymać. Zatem owszem, nie ma pewności, że gwarant odmówi wypłaty kwoty wadium – ale nie ma też pewności, że nie odmówi (i to nie bezpodstawnie, ale z mając ku temu uzasadnione przyczyny prawne).

Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „zamawiający żąda wniesienia

wadium od wykonawców”, a więc wadium ma wnieść wykonawca. Pojęcie wykonawcy definiuje art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, a pojęcie wykonawcy w rozumieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem w przypadku konsorcjum „wykonawcą” będą, jak wskazano już powyżej, wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zatem stwierdzenie w art. 45 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium” należy w takim przypadku rozumieć jako „zamawiający żąda od konsorcjum wniesienia wadium”, czyli „wadium wnosi konsorcjum”.

Zasady wnoszenia wadium dla wykonawców indywidualnych i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia są jednakowe – w obu wypadkach w gwarancji musi zostać wskazany oferent/wykonawca i do tego musi on zostać wskazany poprawnie – różnica ta będzie tylko taka, że w pierwszym przypadku będzie to nazwa jednego podmiotu, a w drugim dwóch lub więcej. Ewentualnie – w wersji minimum – w treści gwarancji może być wskazany co najmniej jeden wykonawca z zaznaczeniem, że oferta będzie złożona wraz z innym podmiotem lub podmiotami albo że będzie złożona w ramach konsorcjum, albo że podmiot zlecający wystawienie gwarancji działa jako pełnomocnik danych podmiotów. To, że lider lub inny członek konsorcjum może wnieść (tj. ustanowić i złożyć zamawiającemu) wadium w postaci gwarancji, nie oznacza, że może to zrobić niepoprawnie. Zatem treść takiej gwarancji musi być prawidłowa – w tym wypadku powinna wskazać, że gwarancja dotyczy oferty konsorcjum, a nie jedynie oferty (własnej) lidera.

Jak już Izba zauważyła powyżej – gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa jest czynnością abstrakcyjną, czyli oderwaną od kauzy, tj. przyczyny dokonania danej czynności. Z punktu widzenia gwarancji i gwaranta oraz beneficjenta gwarancji istotna jest więc jej treść, a nie stosunki łączące gwaranta i wykonawcę, wykonawcę i zamawiającego, czy też wewnętrzne stosunki wykonawców (konsorcjantów). Wynika to zresztą wprost z art. 81 ustawy Prawo bankowe definiującego gwarancję bankową (gwarancja ubezpieczeniowa nie ma własnej

20

definicji, dlatego posilkowo stosuje się pojęcia związane z gwarancją bankową). Przepis ten wskazuje, że gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Zatem warunkiem spełnienia przez gwaranta świadczenia z gwarancji jest spełnienie przez beneficjenta określonych warunków zapłaty – i to jedynie warunki zapłaty określone w gwarancji są istotne z punktu widzenia zobowiązania (przy czym „warunki zapłaty” należy rozumieć szeroko, jako wszystkie postanowienia gwarancji łącznie – całą jej treść).

Tymczasem przedstawiciele stanowiska, zgodnie z którym w treści gwarancji nie musi być wskazany pełen (poprawny) oferent, głosząc pogląd o abstrakcyjności gwarancji jednocześnie powołują się nie tylko na jej kauzę, ale wręcz daleko poza nią wykraczają odnosząc się nie tylko do wzajemnych stosunków pomiędzy podmiotem wskazanym w gwarancji a zamawiającym, wykonawcą (tj. wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) a zamawiającym oraz pomiędzy podmiotem wskazanym w gwarancji a innym konsorcjantem czy konsorcjantami (o których gwarancja w ogóle nie wspomina).

Co więcej, owe wzajemne stosunki opisywane są błędnie. Pomiedzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, poza sytuacją opisaną w art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonaniem umowy i wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie istnieje żadna odpowiedzialność solidarna wobec zamawiającego.

Dodatkowo – z punktu widzenia prawa zobowiązań, w zakresie złożenia oferty czy wniesienia wadium trudno w ogóle mówić o jakichś zobowiązaniach wobec zamawiającego. Żaden wykonawca ani konsorcjant nie jest bowiem zobowiązany wobec zamawiającego ani do złożenia oferty, ani do wniesienia wadium. Oczywiście, wniesienie wadium, jeśli było ono żądane, jest warunkiem formalnym udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w tym sensie wykonawca „jest zobowiązany” do jego wniesienia. Jednak nie

jest to zobowiązanie, o którym mowa w definicji zobowiązania zawartej w art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego: „Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić.” Zamawiający nie ma bowiem roszczenia o złożenie oferty czy wniesienie wadium. Tym bardziej nie może – jak wskazano w definicji zobowiązania solidarnego po stronie dłużników (art. 366 Kodeksu cywilnego) – żądać całości lub części świadczenia (wadium) od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub każdego z osobna. Jediną konsekwencją tego, że wadium nie zostanie wniesione, nie zostanie wniesione w całości lub zostanie wniesione nieprawidłowo jest więc wykluczenie

21

wykonawcy. Złożenie wspólnej oferty nie powoduje również solidarności po stronie konsorcjantów. Jak wynika z definicji zobowiązania solidarnego zawartej w art. 366 § 1 Kodeksu cywilnego „kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników).” Natomiast konsekwencją złożenia oferty (jedynym „świadczeniem” na tym etapie postępowania) jest zawarcie przez oferenta umowy na warunkach w ofercie określonych (zamawiający nie może jeszcze, bez umowy, żądać świadczenia w postaci przedmiotu oferty/przedmiotu umowy). Jeśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia byłoby zobowiązani z oferty solidarnie, wystarczyłoby, żeby jeden albo niektórzy z nich zawarli umowę z zamawiającym, a pozostali np. zrezygnowali z realizacji zamówienia. Jednak w zamówieniach publicznych nie można tego zrobić – umowę może zawrzeć tylko wykonawca, który złożył ofertę, czyli pełne konsorcjum. Zasada ta wywodzi się wprost z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że zamówienia można udzielić tylko wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Nie mogą tego zmienić, jako sprzeczne z ustawą (art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego) żadne ustalenia zamawiającego z wykonawcą ani tym bardziej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zawarte czy to w umowie konsorcjalnej, czy poza nią. Zatem owego typu zobowiązania (zobowiązania solidarnego) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można ustalić w drodze czynności prawnej.

Zgodnie z art. 369 Kodeksu cywilnego zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej. W tej sytuacji, jak wskazano powyżej, solidarność ta nie wynika z ustawy, nie może wynikać z czynności prawnej i do tego trudno w ogóle mówić o zobowiązaniu w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.

Na marginesie powyższych rozważań warto przywołać wyrok Sądu Najwyższego dotyczący kwestii prawa żądania zwrotu wadium wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie przez konsorcjanta (wyrok z 13 października 2011 r., sygn. V CSK 475/10): „Zasadniczą kwestią do rozstrzygnięcia w związku z podniesionym w skardze kasacyjnej zarzutem naruszenia art. 46 ust. 2 p.z.p. w brzmieniu nadanym nowelą wrześniową z 2008 r. było ustalenie, kto jest wykonawcą, w rozumieniu tego przepisu, uprawnionym do żądania zwrotu wadium, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców wspólnie ubiegało się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 23 p.z.p.); w rezultacie zaś odpowiedź na pytanie, czy uprawnione było stanowisko Sądu Apelacyjnego, w myśl którego, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilku wykonawców jest reprezentowanych przez ustanowionego pełnomocnika,

22

to jest on także uprawniony do żądania od zamawiającego zwrotu wadium wpłaconego przez wykonawcę wielopodmiotowego. (...) Pełnomocnikiem wykonawców może być osoba trzecia, lub – jak w sprawie niniejszej – lider Konsorcjum. Przy czym p.z.p. nie definiuje odrębnie <>, lecz wykonawcę (art. 2 pkt 11), w ten sposób, że jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub stroną w postępowaniu sądowym związanym z zagrożeniem interesu wykonawcy nie jest Konsorcjum ani lider

Konsorcjum, lecz podmioty tworzące konsorcjum (...) Zdaniem Sądu Najwyższego w składzie niniejszym, to stanowisko jest w pełni przekonywające, co oznacza, że art. 23 p.z.p. statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, a także – jak w sprawie niniejszej – w sądowym postępowaniu o zwrot wadium. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w p.z.p. wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. To nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Reasumując: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym o zwrot wadium (art. 46 ust. 1 i 2 w zw. z art. 23 u.z.p.). Nie ma natomiast takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider Konsorcjum. A skoro w niniejszej sprawie powód nie wystąpił także w imieniu pozostałych konsorcjantów, jako ich pełnomocnik (choć nie było ku temu przeszkód), lecz w imieniu własnym, nie był podmiotem legitymowanym do dochodzenia zwrotu wadium.”

Wyrok powyższy został przywołany w uzupełnieniu argumentacji zawartej w uzasadnieniu, gdyż dotyczy kwestii zwrotu wadium, a nie etapu jego ustanowienia i wnoszenia oraz legitymacji procesowej członków konsorcjum. Jednak w wyroku tym Sąd wyraźnie wskazuje na konieczność wspólnego działania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (ich ujawnienia jako strony postępowania), także w przypadku, gdy w ich imieniu działa pełnomocnik (zresztą zasada, że aby czynność prawna wywarła skutki wobec mocodawcy, fakt działania przez pełnomocnika w imieniu mocodawcy a nie własnym, musi zostać ujawniony, jest ogólną zasadą prawa cywilnego). Prawdopodobne jest więc, że takie samo stanowisko co do osoby wykonawcy w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i konieczności jego wskazania w treści gwarancji zajmie Sąd Najwyższy również w kwestii samego wniesienia wadium.

23

Wobec powyższego, tj. zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie Konsorcjum Newind z postępowania, Izba stwierdziła, że dokonywanie wobec tego wykonawcy i jego oferty innych czynności, a zatem i ich nakazywanie przez Izbę, jest bezprzedmiotowe. Nie miałyby też wpływu na wynik postępowania, zatem, nawet jeśli zarzuty te byłyby słuszne, realizowałyby się przesłanka nie pozwalająca na uwzględnienie ww. zarzutów odwołania wskazana w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględniła bowiem odwołanie (także: poszczególne zarzuty odwołania), jeśli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszym postępowaniu – nawet gdyby Zamawiający ujawnił zastrzeżone przez Konsorcjum Newind dokumenty, i nawet gdyby Odwołujący rzeczywiście odnalazł w nich błędy, nie ma to już wpływu ani na sytuację Konsorcjum Newind, ani Odwołującego.

Izba jedynie dodatkowo zauważa więc, że nie stwierdziła podstaw do uznania za słuszny zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Newind do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania „jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz.

1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.”

Cena oferty Konsorcjum Newind nie jest „niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”, zatem nie zachodzi tu prosta podstawa arytmetyczna do powzięcia podejrzenia o możliwości zaistnienia ceny rażąco niskiej. Tym samym musiałaby spełnić się pierwsza część ustawowej przesłanki do badania ceny oferty, tj. „cena oferty musiałaby się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia

24

i budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami”.

Konsorcjum Newind obliczyło cenę oferty na 8.315.193,60 zł brutto proponując stawkę roboczogodziny dla „Developera rozwiązań Business Intelligence (SAS)” 103,32 zł oraz dla pozostałych specjalistów IT również 103,32 zł brutto. Cena oferty Odwołującego, kolejnej cenowo, to 8.562.768,00 zł – jest to więc stosunkowo niewielka różnica kwoty.

Odwołujący w swojej argumentacji odniósł się jedynie do tego, że rażąco niska według niego jest cena jednostkowa godziny pracy „Developera rozwiązań Business Intelligence (SAS)”. Wskazał, iż Zamawiający wymagał od tego specjalisty wysokich kwalifikacji, a liczba osób mogących sprostać wymaganiom nie jest duża, zatem rynkowa stawka godzinowa pracy takiego specjalisty znacznie przekracza kwoty zaproponowane przez Konsorcjum Newind. Do tego przewidziana liczba godzin nie przewiduje pełnoetatowego zaangażowania takiej osoby (co mogłoby obniżyć jednostkową stawkę godzinową). Odwołujący jako dowód przedstawił przykładowe oferty wskazujące na koszt wynajęcia takiej osoby (zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Izba zauważyła jednak, że stawki wskazane w ww. ofertach są zupełnie nieadekwatne (znacznie wyższe) do stawek wskazanych w ofertach wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, trudno więc uznać je za miarodajne i przekonujące. Odwołujący również wskazał stawkę pracy tego specjalisty znacznie niższą niż wskazane w tych ofertach. Poza tym, biorąc pod uwagę przewidzianą przez Zamawiającego maksymalną liczbę godzin pracy „Developera rozwiązań Business Intelligence (SAS)” – 480 (w stosunku do 80.000 godzin pracy innych specjalistów), nawet gdyby stawka godzinowa miała być np. o 100 złotych wyższa, to w skali całego zamówienia stanowiłoby to jedynie 48.000 zł przy wartości oferty 8.315.193,60 zł. Odwołujący nie wykazał, że pomniejszenie ceny oferty o taką wartość zaważyłoby na tym, że realizacja kontraktu nastąpiłaby ze stratą dla wykonawcy. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający – w zakresie wskazanym w odwołaniu – nie miał podstaw również do tego, by cena oferty wydała mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając oba odwołania.

25

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

26