

WYROK

z dnia 16 maja 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza

- w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa Protokolant: Adam

Skowroński

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **TYLDA sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 1/lok.17, 37-200 Przeworsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12/14, 50-411 Wrocław**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **American Systems Sp. z o.o., ul. 27 Grudnia 7 (budynek D), 61-737 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **TYLDA sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 1/lok.17, 37-200 Przeworsk** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. 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 Wrocławiu.
Przewodniczący.....

Sygn. KIO 802/17

UZASADNIENIE

Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12/14, 50-411 Wrocław, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługę wsparcia techniczno- merytorycznego dla Systemów Naborów i Oceny Wniosków (SNÓW) wraz z dostawą Oprogramowania rozbudowującego SNÓW o funkcjonalności niezbędne do zarządzania procesami prowadzenia naborów i oceny wniosków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego* nr sprawy: DU-Z.272.7.2017

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10.02.2017 r. znak 2017/S 029-051929.

Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2017 r., przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę American Systems Sp. z o.o., ul. 27 Grudnia 7 (budynek D), 61-737 Poznań, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Tylda Sp. z o.o. w Przeworsku dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1.art. 7 ust. 1, które miało istotny wpływ na wynik postępowania przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 7b) w związku z art. 45 ust 6 pkt 5, które miało istotny wpływ na wynik postępowania poprzez odrzucenie oferty Tylda pomimo, iż oferta ta w sposób prawidłowy została zabezpieczona wadium w formie poręczenia udzielonego przez podmiot do tego uprawniony, a treść dokumentu wadium zgodna jest z wymaganiami Zamawiającego,
- 3.art. 87 ust. 1, które miało istotny wpływ na wynik postępowania przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie, który został wskazany jako przesłanka do niezgodności treści oferty z SIWZ,
- 4.art. 89 ust. 1 pkt 4, które miało istotny wpływ na wynik postępowania przez zaniechanie odrzucenia oferty American Systems pomimo, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5.art. 90 ust 3 Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki American System pomimo tego, że nie spółka udzieliła wyjaśnień i nie przedłożyła dowodów w taki sposób, że potwierdziły one, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia,

6.art. 87 ust 1 Pzp które miało istotny wpływ na wynik postępowania poprzez wezwanie spółki American System do złożenia wyjaśnień dotyczących pisma spółki z dnia 07.03.2017 r., co jest niedopuszczalnym i naruszającym zasadę uczciwej konkurencji i dyspozycję art.

90 ust 3 działaniem Zamawiającemu. Przez takie działania Zamawiającego wykonawca, który nie złożył odpowiednich wyjaśnień ponownie wypowiada się co do żądanych informacji.

7.art. 89 ust. 1 pkt 2, które miało istotny wpływ na wynik postępowania przez zaniechanie odrzucenie oferty American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej

„American Systems”), pomimo że treść oferty nie jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

8.art. 89 ust. 1 pkt 3, które miało istotny wpływ na wynik postępowania przez zaniechania odrzucenia oferty American Systems pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

9.art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1, które miało istotny wpływ na wynik postępowania przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez American Systems jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu* a to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, z uwagi na to, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu; oraz

10.art. 5 Kodeksu Cywilnego, które miało istotny wpływ na wynik postępowania poprzez niedozwoloną modyfikację treści oferty w postaci zmiany wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.uwzględnienie odwołania w całości,

2.nakazanie Zamawiającemu:

a.unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty American Systems j a k o oferty najkorzystniejszej;

b.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp;

c.powtórzenia czynności oceny ofert;

d.odrzucenia oferty American Systems;

e.dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższe zarzuty jak wskazał na rozprawie do protokołu Odwołujący mieszczą się czterech zgrupowanych zarzutach opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Zarzut I dotyczył kwestionowania czynności Zamawiającego związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium. W tym zakresie Odwołujący podniósł, że Odwołujący złożył wadium w postaci poręczenia. W treści poręczenia wskazano, że poręczenie ma charakter bezwarunkowy i nieodwołalny. Nadto, poręczyciel jako przesłankę do wypłaty wskazał obowiązek doręczenia wezwania do zapłaty adresowanego do odwołującego (dłużnika) wraz z dowodem doręczenia i ewentualną odpowiedź odwołującego (dłużnika). Wymagania dotyczące wadium powinny obejmować co najmniej kwotę wadium, numer rachunku bankowego, na który się je wpłaca, a także wymagania stawiane gwarancjom i poręczeniom, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp. Dodatkowe, szczegółowe wymogi zostały określone w SIWZ jedynie dla wadium wnoszone w postaci gwarancji, nie zaś dla poręczenia. Nie jest przyjęte w praktyce zamówień publicznych, co jest potwierdzone linią orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, aby dopuszczalne było stosowanie wykładni rozszerzającej w stosunku do zapisów SIWZ, które nie uszczegółowiły wymogów względem poręczeń. Dopuszczalne jest zatem zgodnie z SIWZ takie ukształtowanie poręczenia (a przesądza o tym treść dokumentu poręczenia), aby przewidywała odpowiedzialność poręczyciela dopiero po uchyleniu się dłużnika (wykonawcy) od spełnienia świadczenia.

Odwołujący nie zgadza się zarzutem, że poręczenie wypłaty wadium było warunkowe o charakterze subsydiarnym. Z literalnej treści brzmienia poręczenia wynikało wprost, że poręczenie miało charakter solidarny (§ 1 poręczenia) oraz że poręczyciel zobowiązał się dokonać wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego poręczenia bezwarunkowo, nieodwołalnie i na pierwsze pisemne żądanie (§ 3 ust. 2 poręczenia).

Powyższego nie zmienia fakt, iż poręczyciel wymagał, aby w przypadku ziszczenia się przesłanek do zatrzymania wadium Zamawiający w pierwszej kolejności wystąpił o jego zapłatę do wykonawcy. Tego typu okoliczność nie jest dodatkowym obostrzeniem wypłaty wadium. Należy pamiętać, że poręczenie nie jest gwarancją

bankowa (o której mowa w art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp). Poręczenie zostało uregulowane w rozdziale XXXII kodeksu cywilnego, gdzie w art. 876 kc wskazano wprost, że „przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał”. Z powyższego wynika, że istotą i immanentną cechą poręczenia jest ziszczenie się warunku polegającego na niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Przenosząc powyższe na realia zamówień publicznych wskazał, że istota poręczenia

„zatrzymania” wadium sprowadza się do tego, że poręczyciel zobowiązuje się bezwarunkowo do faktycznej wpłaty wadium, w przypadku gdy wykonawca osobiście takiej wpłaty nie dokonał na skutek powstania takiego obowiązku.

Oczywistym jest według Odwołującego, że Zamawiający zawsze zdoła doręczyć Odwołującemu wezwanie, nawet w razie zmiany adresu, odmowy jej odbioru, bądź nie podjęcia w terminie. Wszystkie wymienione wyżej przypadki będą traktowane jako skuteczne doręczenie. Nie jest to wymóg, któremu zamawiający nie może sprostać, ani który przekreślałby bezwarunkowość poręczenia. Pojęcie „bezwarunkowość” odnosi się do tego, że podmiot obowiązany do zapłaty nie może badać podstaw żądania wypłaty. Zamawiający nie wskazał w treści poręczenia zapisów, które podważyłyby bezwarunkowość tego poręczenia. Zdaniem Odwołującego, omawiany dokument poręczenia nie traci waloru bezwarunkowości, jeżeli poręczyciel jako podstawę do wypłaty wskazuje obowiązek doręczenia wezwania do zapłaty adresowanego do odwołującego (dłużnika) wraz z dowodem doręczenia i ewentualną odpowiedź odwołującego (dłużnika). Poręczyciel nie zamierza bowiem badać stosunku podstawowego, będącego źródłem zatrzymania wadium. Celem wprowadzenia kwestionowanego zapisu do poręczenia jest tylko upewnienie się, że wykonawca nie spełnił bądź uchyla się od spełnienia świadczenia. Ma to wyeliminować przypadek, w którym poręczyciel razem z odwołującym dokonają zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego. Ugruntowana jest już praktyka, w świetle której poręczyciele żądają od Zamawiającego np. oświadczenia, że zobowiązany odmówił dobrowolnego spełnienia świadczenia. Jest to powszechnie akceptowane w obrocie prawnym.

Wskazał, że Zamawiający odrzucając ofertę spółki Tylda powołał się na argument, iż odpowiedzialność poręczyciela ma charakter odpowiedzialności solidarnej w rozumieniu art.

366 kc. Pominięto jednak, że zgodnie z utrwalonym dorobkiem doktryny z uwagi na warunkową istotę poręczenia, „przyjętego w art. 881 KC modelu odpowiedzialności poręczyciela nie należy utożsamiać z odpowiedzialnością solidarną. Do odpowiedzialności poręczyciela znajdują zastosowanie tylko te przepisy o solidarności dłużników, które nie są sprzeczne ze stosunkiem poręczenia” (zob. M. Sychowicz, w: Gudowski, Komentarz, 2013, Ks. III, cz. 2, art. 881, Nb 1).

Podniósł, że Odwołujący uznaje za błędną konstatację Zamawiającego, iż poręczenie nie obejmowało okresu związania ofertą, albowiem w jego treści wprost wskazano, że poręczenie zawarto na okres związania z ofertą tj. 60 dni, który to termin został określony w SIWZ. Powyższego nie zmienia w żadnym wypadku fakt, iż warunkiem otrzymania wypłaty poręczenia jest konieczność doręczenia wezwania spełniającego określone wymagania formalne. Jeżeli bowiem nawet żądanie wypłaty poręczenia wadium wiąże się z wykonaniem określonych, czynności w czasie trwania poręczenia, to nie ma to żadnego wpływu na termin jego obowiązywania, który został określony jak powyżej.

W zakresie zarzutu drugiego zostały objęte kwestie wskazane na wstępie odwołania dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym zakresie podał, że ocena oferty American Systems została dokonana przez komisję przetargową w sposób nie jednogłośny. W dniu 20.03.2017 stosunkiem głosów 5:3 uznano, że oferta ta nie podlega odrzuceniu, gdyż cena oferty złożonej przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską, i Komisja przekazała taką opinię kierownikowi zamawiającego. Podkreślił, że American Systems był dwukrotnie wzywany do wyjaśnienia przyczyn takiej kalkulacji oferty i w wyjaśnieniach dwukrotnie przedstawiał całkowicie różne kalkulacje. W pierwszej kalkulacji przedstawionej na wezwanie Zamawiającego, nie skalkulowano całego zakresu czasowego w jakim miała być realizowana umowa (jakkolwiek cena wyjściowa kalkulacji była równa cenie oferty). W sposób oczywisty dowodziło to, że American Systems nie uwzględnił w cenie oferty dużej części zakresu i tym samym należało uznać cenę za rażąco niską. Tym nie mniej Zamawiający zdecydował o ponownym wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tej sprawie (pismo z dnia 10 marca 2017 r.). Wykonawca nie złożył wyjaśnień w odniesieniu do wątpliwości wyrażonych przez Zamawiającego w piśmie i przesłał całkowicie inną kalkulację. Już samo to dowodzi, że jego kalkulacja ofertowa była zaniżona i błędna, a Wykonawca nie dochował należytej staranności oraz kalkulował ofertę bez szczegółowego zapoznania się z zakresem rzeczowym umowy. Informacja American Systems o tym, że jakoby źle zrozumiał sposób w jaki ma wypełnić arkusz kalkulacyjny również nie zasługuje na uwzględnienie. W nowej przesłanej kalkulacji Wykonawca ten zmienił bowiem nie tylko sposób wypełnienia arkusza kalkulacyjnego, ale również ceny jednostkowe roboczogodzin personelu, co nie mogło być efektem braku zrozumienia. Wykonawca musiał bowiem od początku wiedzieć jakie ceny jednostkowe roboczogodzin stosuje. Należy zauważyć, że również druga kalkulacja przesłana przez Przystępującego w dniu 14 marca br. jest dowodem na to, że nie skalkulował on całego zakresu rzeczowego

umowy, w wyniku czego cena oferty jest rażąco niska.

Podkreślił, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, a *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Warto podkreślić, że charakter procedury wyjaśnienia poziomu cen pod kątem ustalenia, że nie jest ona rażąco niska przewiduje, że na wezwanie zamawiającego wykonawca zobowiązany jest przedstawić dowody, które potwierdzą, że cena nie jest rażąco niska. Wykonawca, składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona

dzięki wskazanym czynnikom. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować, jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Aby odpowiedź złożona na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 Pzp posiadała walor wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny musi być bardziej szczegółowa w zakresie elementów składających się na zaoferowaną cenę aniżeli sama oferta. *„Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności.”* (KIO 1287/13). Użyte w przepisie sformułowanie „udowodnić” ma znacznie większy ciężar gatunkowy niż sformułowanie

„uprawdopodobnić”. Wykonawca ma zatem trudny obowiązek przedstawienia szczegółowych wyliczeń wspartych dokumentami na ich potwierdzenie, a także określenia w sposób jasny i klarowny w jaki sposób poszczególne okoliczności faktyczne wpływają na szczególnie korzystną cenę. Nie wystarczy w takim przypadku jedynie uprawdopodobnić ceny, ale tę cenę trzeba udowodnić. Wystosowanie wezwania do wykonawcy rodzi po jego stronie obowiązek obalenia domniemania, iż zawarta w ofercie cena nosi znamiona rażąco niskiej (KIO 1287/14 czy KIO 918/14). Podkreślił, że analizując treść wyjaśnień nie sposób dojść do innego wniosku, że wykonawca nawet nie uprawdopodobnił, że cena za wykonanie zamówienia jest realna. Wyjaśnienia są nie tylko niespójne, ale przede wszystkim ich treść i szczegółowa analiza dowodzą tego, że cena została rażąco zaniżona. Respektując prawo zamawiającego do bycia gospodarzem postępowania nie można się jednak zgodzić z możliwością dokonywania oceny wyjaśnień w sposób całkowicie dowolny, przeczący zasadom logiki. Szczególnie rażące w postępowaniu zamawiającego jest postępowanie, w którym zamawiający aprobuje niewiarygodne wyjaśnienia wykonawcy American Systems posiadając w aktach sprawy zdania odrębne członków komisji przetargowej, którzy w sposób szczegółowy wykazali wprost, że zaproponowana cena jest nierealna. Co istotne, zdania te wskazali pracownicy odpowiedzialni za merytoryczną część zamówienia, a więc tacy, którzy w największym stopniu posiadają wiedzę o rynku i poziomie cen. Zadecydowały głosy członków komisji przetargowej odpowiadających za formalne prowadzenie postępowania, co jaskrawie wskazuje, że w niniejszym postępowaniu zwyciężyła zasada formalizmu, która nie jest zasadą postępowania. Podkreślił, iż Zamawiający kierując kolejne pismo do spółki American System zażądał dodatkowych wyjaśnień dotyczących przedmiotowej kalkulacji. Zamawiający w odpowiedzi otrzymał taką samą kalkulację - zmniejszeniu uległa jedynie stawka roboczogodziny. Realność zastosowanej stawki nie została poparta żadnymi dowodami. Znamienne są stanowiska (zdania odrębne członków Komisji Przetargowej), którzy w sposób niezwykle szczegółowy analizując złożone wyjaśnienia wskazują na brak

możliwości realizacji zamówienia za oferowaną cenę. Członkowie Komisji wskazują, że realizacja zamówienia przez American System obarczona jest dużym ryzykiem.

W kolejnym trzecim zarzucie Odwołujący podniósł, niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, iż treść złożonej przez niego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Powyższy zarzut zdaniem Izby, niewątpliwie dotyczył w znacznej mierze zarzucanych Zamawiającemu czynności związanych z oceną złożonych wyjaśnień odnoszących się rażąco niskiej ceny oferty American Systems.

W zakresie niezgodności tej oferty podał iż Przystępujący zaoferował zrealizowanie Etapu 1 technicznego w 1 dzień, co jest nierealne i niezgodne z treścią SIWZ. American Systems Sp. z o.o. w wyjaśnieniach dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny z dnia 7.03.2017 r. wskazał, że osoby zaangażowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia będą realizowały Etap techniczny nr 1 dłużej niż oferowany 1 dzień.

Wskazał, że Przystępujący nie jest w stanie dotrzymać terminu realizacji Etapu technicznego nr 1, który zaoferował, nawet przy uwzględnieniu zadeklarowanej w JEDZ liczbie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w roli Eksperta. Przedmiotowy termin jest istotny, gdyż wskazanie terminu realizacji Etapu technicznego nr 1 podlega ocenie i punktacji, jako jednego z kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Dla terminu wykonania Umowy oznaczało przy założeniu ciągłej pracy Ekspertów, 6,85 dnia (czas pracy Eksperta nr 1). Ponadto wykonawca ten nie uwzględnił zakresu jaki jest wymagany dla realizacji Etapu technicznego nr 1 biorąc pod uwagę, że nie jest producentem oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego i w Etapie tym należy zrealizować prace związane z analizą kodu

źródłowego, wykonać integrację z istniejącym oprogramowaniem i migrację danych, co w tym terminie jest oczywiście nierealne. Powyższe wskazuje, że Wykonawca nie jest w stanie dotrzymać terminu realizacji z oferty - 1 dzień, a co więcej wykazany przez Wykonawcę w wyjaśnieniach czas ma bezpośredni związek z kryterium oceny ofert - gdzie czas realizacji Etapu technicznego 1 do 5-ciu dni jest wyżej oceniany.

Ponadto powyższa niezgodność oznacza, że Przystępujący w celu uzyskania zamówienia i zdobycia przewagi nad konkurencją w złożonej ofercie wskazał mniejszą ilość dni realizacji Etapu technicznego nr 1 niż przez niego zakładana w przedstawionej kalkulacji, a także niż wynika z zakresu przedmiotowego Etapu.

W zarzucie czwartym Odwołujący wskazał na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w umowie zastrzegł, iż Etap nr 1 nie może stanowić wyższej kwoty jak 5% umowy, Etap nr 2 to 10% kwoty umowy. Etap nr 4 to łączna wartość zadań planowych do wykonania w przyszłości, natomiast Etap nr 3 stanowi różnicę pomiędzy wartością oferty, a

wartością Etapu nr 4. Dla Etapu nr 4 Zamawiający szczegółowo opisał wymagania jakościowe w Załączniku nr 7 do Umowy. Powyższe ma obrazować przedstawiona tabela

Tabela - wyciąg z oferty American Systems:

I Etap	5%	66 820,18
II Etap	10	133 640,36
III Etap		1 074 203,61
IV Etap		262 200,00
Łączna wartość		1 336 403,61

Z powyższych wyliczeń według Odwołującego jasno wynika, że American Systems „przesunął” wartości z Etapu nr 4 do Etapu nr 3.

Odwołujący opiera swój zarzut na przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który bezwzględnie nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem działanie American Systems skierowane na przesunięcie wartości Etapu 4 do Etapu 3 celem przesunięcia środków, których może nie skonsumentować (Zamawiający może nie zlecić elementów Etapu 4) do rozliczenia w Etapie 3, który jest formą ryczałtu miesięcznego. Czyn nieuczciwej konkurencji, którego dopuściło się American Systems, materializuje się w naruszeniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścił się wykonawca do zaistnienia norm prawnych uznk, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2001r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Złożenie oferty, w której w sztuczny sposób „przesuwa” się środki w celu otrzymania korzyści finansowych w formie ryczałtu, winno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Działanie ukierunkowane na przeniesienie korzyści finansowych z Etapu 4, którego zakresu Zamawiający może w ogóle nie zlecić, do etapu ryczałtowego, należy uznać za

sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy uzyskaniu zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

Zamawiający i Przystępujący do postępowania wykonawca American Systems zaprezentowali swoje

stanowisko w zakresie podniesionych zarzutów na piśmie, wnosząc po pierwsze o uznanie braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania, a po drugie wnieśli o jego oddalenie w całości. Przetawione w powyższych pismach procesowych stanowiska zostaną przedstawione przy omawianiu poszczególnych zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie jest zasadne i zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wstępie oceny zasadności podniesionych zarzutów, rozpoznania przez Izbę wymaga wniosek przedstawiony przez Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący nie wypełnia przesłanek z art. 179 ust.1 Pzp ponieważ, cena jego oferty w sposób niemalże dwukrotny przekracza kwotę wskazana na otwarciu ofert, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia. W przedmiotowej sprawie różnica między zadeklarowanymi możliwościami Zamawiającego, a ceną oferty Odwołującego wynosi około 86 %. Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 14 kwietnia 2017 r. dot. wyboru najkorzystniejszej oferty stwierdził, że kwota, jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia

jest kwotą ostateczną i maksymalną. Wobec tego uznać należy, że Tylda Sp. z o.o. nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia.

Zamawiający wskazał nadto, że Odwołujący posiadając wiedzę, że Zamawiający nie zwiększy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. domagając się wyboru swojej oferty, wycenionej na 3.468.600,00 zł jako oferty najkorzystniejszej w rzeczywistości dąży do unieważnienia postępowania, ma bowiem świadomość, że Zamawiający w tym postępowaniu zamówienia mu nie udzieli. Ponadto podkreślił, że Odwołujący był świadom takiego stanowiska Zamawiającego podanego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednakże tej informacji nie objął zarzutami odwołania.

Podkreślenia zdaniem Izby, wymaga kwestia, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia - wyboru oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu jako najkorzystniejszej. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Tym samym, odwołanie musi być skierowane wobec tych czynności Zamawiającego, co do których potwierdzenie podniesionych zarzutów pozwoli Odwołującemu na uzyskanie tego zamówienia. Zasadnym jest przywołanie w tym zakresie treści z orzeczenia SO w Poznaniu sygn akt X Ga 85/15 z 15 maja 2015 r., gdzie Sąd stwierdził, że *Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania.* Dlatego też stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności (por. wyrok SO w Łodzi sygn. akt XIII Ga 379/12, wyrok KIO z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 1025/13, KIO 1047/13).

W przedmiotowym stanie faktycznym niewątpliwym jest, że cena oferty Odwołującego w sposób znaczący – prawie dwukrotnie, przekracza kwotę którą Zamawiający podał jako tę którą zamierza sfinansować przedmiot zamówienia. Tym samym mało prawdopodobnym jest

aby ta kwota została zwiększona. Jednakże zwrócić należy uwagę na kwestię, iż przedmiotem badania Izby w tym zakresie mogą być dopiero czynności Zamawiającego które legły u podstaw unieważnienia postępowania w oparciu o podstawę z art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp. Taka sytuacja dotychczas w postępowaniu nie zaistniała i wszelkie rozważania co do możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia mogą być tylko hipotetyczne.

Zauważyć należy, że Izba już na tym etapie postępowania może przesądzić o możliwości lub jej braku zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, jednakże niezbędne jest przedstawienie konkretnych dowodów w tym zakresie. W orzecznictwie Izby wypracowana została linia orzecnicza, iż dowodem przesądzającym o braku możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, jest oświadczenie dysponenta budżetu bądź organu

mogącego wnioskować o zmianę budżetu. Natomiast, zdaniem Izby oświadczenie, o braku możliwości zwiększenia środków finansowych na sfinansowanie zamówienia złożone przez dyrektora Wydziału Zamówień Publicznych, będącego organem wykonawczym dyspozycji budżetowych, z takiego przymiotu nie może korzystać.

Dlatego też z powodu braku dowodów, a tym samym możliwości przesądzenia co do możliwości zwiększenia kwoty na sfinansowanie zamówienia, wniosek o uznanie braku spełniania przez Odwołującego przesłanek z art. 179 ust.1 Pzp należy uznać w tym stanie faktycznym za niezasadny.

W zakresie zarzutu pierwszego, który wg. oświadczenia Odwołującego obejmuje zarzuty ozn. nr 1,2 i 7 wskazane w części wstępnej odwołania w których Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy w związku z art. 45 ust 6 pkt 5 poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty z powodu niewłaściwego wniesienia wadium.

Odwołujący wniósł wadium w formie poręczenia. W treści poręczenia podano, iż udziela się solidarnego poręczenia za zobowiązanie oferenta do zapłaty wadium. Poręczenie jest terminowe i zawarte na okres związania z ofertą tj. 60 dni. Nie złożenie w tym terminie prawidłowego wezwania do zapłaty wadium skutkuje jego wygaśnięciem. W §4 zapisano natomiast, iż wezwanie musi być sporządzone w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności. Do wezwania skierowanego do Poręczyciela należało m.in. przedłożyć dowód wezwania Zobowiązanego do zapłaty wadium (np. pisemne wezwanie z dowodem doręczenia) wraz z ewentualną odpowiedzią Zobowiązanego oraz złożyć oświadczenie, że należność obejmująca zapłatę wadium nie została uregulowana przez Zobowiązanego w wyznaczonym terminie. W treści SIWZ nie zawarto żadnych wymogów co do treści poręczenia.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego podał, że w §3 ust. 2 Poręczenia udzielonego przez Lubuski Fundusz Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. wskazano, że poręczyciel zobowiązuje się dokonać wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego bezwarunkowo, nieodwołalnie i na pierwsze

żądanie. Podkreślił, iż w §1 Poręczenia wskazano także, że poręczenie przewiduje solidarną odpowiedzialność poręczyciela, jednakże dalsze zapisy ww. poręczenia temu przeczą - wynika z nich bowiem subsydiarna odpowiedzialność poręczyciela. W przedmiotowej sprawie poręczyciel, tj. Lubuski Fundusz Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o., pomimo podania na początku, że udziela solidarnego poręczenia, zawarł w dokumencie poręczenia zapis, iż skuteczne wezwanie Poręczyciela do zapłaty zatrzymanego wadium wymaga uprzedniego wezwania w tym zakresie zobowiązanego, tj. TYLDA Sp. z o.o. W poręczeniu ustalono także, że jeżeli Zamawiający niełoży poręczycielowi wezwania do zapłaty wadium spełniającego ww. wymagania formalne to skutkować to będzie wygaśnięciem poręczenia. Wśród owych wymagań formalnych wskazano, że Zamawiający ma obowiązek przedłożyć w wezwaniu złożonym w okresie ważności wadium, cyt. *„dowód wezwania Zobowiązanego do zapłaty wadium np. pisemne wezwanie do zapłaty wraz z dowodem doręczenia (wystarczająca jest kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną przez Zamawiającego) wraz z ewentualną odpowiedzią Zobowiązanego”* oraz cyt. *„oświadczyć, że należność obejmująca zapłatę wadium nie została uregulowana przez Zobowiązanego w wyznaczonym terminie”*.

Zamawiający w tym zakresie podał, że oczekiwane działanie Zamawiającego w postaci przedłożenia jako załącznik do wezwania poręczyciela, wezwania Wykonawcy (zobowiązanego) do spełnienia świadczenia, oraz oświadczenia o nieuregulowaniu zapłaty wadium przez Wykonawcę, to warunki dodatkowe sprzeczne z podaną w §1 poręczenia informacją o odpowiedzialności solidarnej poręczyciela. Nadto w dokumencie poręczenia podkreślono, że jest ono terminowe, gdyż zarówno okres odpowiedzialności Poręczyciela jak i termin na dokonanie czynności zatrzymania wraz z uprzednim wezwaniem Odwołującego winien zawierać się w terminie 60 dni na jaki ustalono ważność poręczenia zapłaty wadium. Stwierdził, że wadium powinno zabezpieczać ofertę przez cały okres związania ofertą, co oznacza, że w całym okresie związania oferta Zamawiającego musi mieć możliwość skorzystania z tego zabezpieczenia.

Podkreślił, że biorąc pod uwagę, iż termin związania ofertą wymagany przez Zamawiającego w SIWZ wynosi 60 dni, to tym samym przedłożone przez Odwołującego poręczenie nie daje Zamawiającemu możliwości skutecznego zatrzymania wadium we wszystkich mogących wystąpić przypadkach, w szczególności kiedy podstawa do zatrzymania wadium nastąpi np. w ostatnim dniu upływu terminu związania ofertą, gdyż poręczenie po upływie 60 dni wygasa. Wynika to z faktu, że poręczyciel wprowadził warunki, które pod rygorem wygaśnięcia poręczenia muszą być spełnione przed upływem terminu 60 dni.

Izba odnosząc się do powyższego uznaje za zasadne stanowisko Zamawiającego, że złożone przez Odwołującego wadium w formie poręczenia - biorąc pod uwagę treść oświadczenia poręczyciela, nie zabezpiecza w pełni interesu Zamawiającego w tym zakresie.

Poza sporem pomiędzy stronami była kwestia, iż dla możliwości uzyskania kwoty wadium Zamawiający musi podjąć szereg działań formalnych, których spełnienie daje możliwość skutecznego wystąpienia do Poręczyciela o wpłatę do Zamawiającego kwoty zatrzymanego wadium. Niewątpliwym jest także, że Zamawiający decydując się na

zatrzymanie wadium winien wpierw wystąpić do wykonawcy o zapłatę wadium i dopiero w sytuacji odmowy z jego strony zapłaty kwoty wadium Zamawiający ma prawo wystąpić o zapłatę do poręczyciela, dołączając do wezwania dowód skierowania wezwania do wykonawcy oraz (ewentualnie) jego stanowisko w tym zakresie. Wszystko to musi nastąpić w terminie na jaki poręczenie wadium zostało złożone.

Na powyższą okoliczność należy przywołać postanowienia §3 pkt 4 ppkt b „nie złożenie w terminie wezwania do zapłaty wadium spełniającego wymagania formalne, o których mowa w § 4, skutkuje jego wygaśnięciem”, oraz §4 pkt 2 „Wezwanie do zapłaty wadium skierowane przez Zamawiającego do Poręczyciela powinno być sporządzone w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności. Zamawiający w razie kierowania oświadczeń przez swojego reprezentanta obowiązany jest przedłożyć pisemne umocowanie. Kopie dokumentów przedkładane przez Zamawiającego powinny być poświadczane za zgodność z oryginałem przez osobę umocowaną przez Zamawiającego”. Niewątpliwie powyższe warunki postawione Zamawiającemu dla uzyskania wadium czynią je zabezpieczeniem zarówno warunkowym, jak i subsydiarnym. Oczekiwane działanie w postaci przedłożenia jako załącznika do wezwania poręczyciela, wezwania zobowiązanego do spełnienia świadczenia w określonym terminie, może być odczytywane jako dodatkowy warunek ograniczający powyżej wskazaną w art. 366 §1 k.c. i art. 881 k.c. odpowiedzialność solidarną poręczyciela. Należy też zwrócić uwagę na postanowienie §1 oświadczenia, gdzie jest mowa o wymagalnym zobowiązaniu oferenta, co wskazywałoby na to, że wezwanie do poręczyciela można skierować dopiero po upływie terminu wyznaczonego oferentowi do zapłaty wadium.

Izba wskazuje, iż określona w Pzp forma składanego wadium, ma w szczególności odniesienie do wskazania grupy podmiotów mogących je udzielić. Nie jest zasadne stanowisko Zamawiającego, iż forma składanego wadium powoduje możliwość nałożenia na Zamawiającego różnego rodzaju obowiązków, które różnicują płynność zabezpieczenia wadium. W tym postępowaniu Odwołujący zarzucał nadto, że Zamawiający nie doszczegółowił wymagań co do wadium składanego w formie poręczenia. Zdaniem Izby takie uszczegółowienie nie jest niezbędne, gdyż wadium składane w każdej formie winno mieć taką samą płynność. Kodeksowe regulacje dot. umów w oparciu o które wadium jest udzielane winny doznawać pewnych ograniczeń po to, aby zamawiający w razie zaistnienia podstawy do zatrzymania wadium, określonych w ustawie Pzp miał możliwość w każdej

sytuacji zrealizować swoje prawo i obowiązek w tym zakresie. Nadto opierając się na ugruntowanych poglądach doktryny oraz linii orzeczniczej sądów i KIO stwierdzić należy i postanowienia ww. umów w zakresie wadium winny zawierać takie ustalenia, aby wadium wniesione w formie poręczenia, gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej miało taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione. Zdaniem Izby, zawarcie w umowach takich postanowień nie stoją na przeszkodzie kodeksowe regulacje w zakresie poszczególnych rodzajów umów. To nie rodzaj umowy, ale jej treść przesądza o prawidłowości wniesionego wadium.

Należy także podkreślić, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione. W tym aspekcie Izba aprobuje stanowisko Zamawiającego, iż podjęcie przez Zamawiającego wszystkich czynności niezbędnych do wystąpienia do Poręczyciela zajmie Zamawiającemu min 2- 3 dni. Przy postawionym warunku, że wszystkie czynności, związane z dochodzeniem wadium muszą być wykonane w terminie 60 dni, czyli okresie ważności poręczenia, należy przyjąć, że ustalone w oparciu o tą umowę poręczenia wadium nie daje możliwości jego zatrzymania w całym okresie jego obowiązywania. Trudno logicznie wywodzić, że jeśli zdarzenie mające skutkować zatrzymaniem wadium nastąpi np. w 59 dniu jego ważności o godz. 18,00 to Zamawiający będzie w stanie wykonać wszystkie wymagane czynności wobec wykonawcy i zdaży jeszcze przed północą w przepisanej formie, przesłać Poręczycielowi informacje o zatrzymaniu wadium

Złożone przez Odwołującego na rozprawie oświadczenie – wyjaśnienia poręczyciela, po pierwsze, w żaden sposób nie rozwiewają wątpliwości związane z koniecznością załatwienia wszelkich formalności związanych z wypłatą wadium w terminie jego obowiązywania, a po drugie zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21 stycznia 2011 r., o sygnaturze KIO 36/11 „Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest treścią oferty, a zatem nie mają do niego zastosowania przepisy art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Brak jest także możliwości uzupełnienia treści gwarancji po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., jak również poprawienia błędnej gwarancji na etapie oceny ofert. Dlatego też poprawne wniesienie wadium jest bardzo istotne gdyż dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium nie można uzupełniać ani wyjaśniać.

Tym samym Izba stwierdza, że tak wniesione wadium nie daje Zamawiającemu możliwości jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, zaistniałych w trakcie jego ważności. Konsekwencją tego było zasadne odrzucenie oferty, dla której takie wadium wniesiono, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zauważyć należy, iż inaczej kształtowałaby się przedmiotowa sytuacja, gdyby w dokumencie

poręczenia znajdował się zapis, że wadium obejmuje wszelkie zdarzenia uzasadniające zatrzymanie wadium powstałe w trakcie jego obowiązywania, a żądanie zatrzymania wadium może zostać złożone także w określonym terminie, już po jego wygaśnięciu.

Izba biorąc pod uwagę powyższą sytuację, stwierdza, że w sytuacji kiedy według orzeczenia Izby odrzucenie oferty Odwołującego stało się zasadne, to rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów nie ma znaczenia dla Odwołującego, gdyż w tym postępowaniu nie ma on możliwości uzyskania zamówienia. Pozostałe zarzuty odwołania nawet gdyby okazały się zasadne to i tak nie będą miały wpływu na sytuację prawną Odwołującego w tym postępowaniu. Pomimo tej sytuacji Izba uznaje za zasadne dokonanie oceny pozostałych zarzutów odwołania.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty wybranego wykonawcy – Przystępującego, to na wstępie wskazać należy, iż Zamawiający ustalił ryczałtowy sposób wynagrodzenia za wykonanie zamówienia co wynika to z treści SIWZ (np. z rozdziału XII pkt 1 SIWZ czy też z §5 ust. 5 wzoru umowy). Tym samym wykonawcy nie byli zobowiązani do przedkładania kosztorysów szczegółowych, a przedstawiane informacje w tym zakresie mają znaczenie pomocnicze.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu odwołania wskazał między innymi na kwestie, że głównym elementem kosztotwórczym w przedmiotowym zamówieniu są koszty osobowe. Wykonawca kalkulując cenę swojej oferty i ryzyko związane z należyтым wykonaniem zamówienia ustalał ile osób przewiduje do realizacji zamówienia - oprócz osób wykazywanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dopuszczał w SIWZ możliwość pełnienia przez jedną osobę więcej niż jednej z funkcji eksperckich. Podkreślił, że Zamawiający nie jest zainteresowany rozliczaniem realizacji zamówienia w podziale na roboczogodziny przeznaczone na wykonanie etapów technicznych, na jakie podzielone zostało zamówienie - gdyby było inaczej, wówczas Zamawiający wskazałby w SIWZ, że wynagrodzenie wykonawcy płatne będzie za roboczogodziny realizacji zamówienia. Dla Zamawiającego jest istotne, aby zamówienie wykonane zostało przez wykonawcę zgodnie z warunkami zawartymi w umowie - zatem o tym, czy umowę realizować będzie zespół kilkunastu czy też kilkudziesięciu osób, decyduje wykonawca. Zamawiający wymagał jedynie, aby wartość kosztów pracy osób realizujących zamówienie przyjęta do ustalenia ceny oferty nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2017 r., poz. 847). Przystępujący wymóg ten wypełnił, co wykazane zostało w złożonych wyjaśnieniach. Wyjaśnienia Przystępującego potwierdziły, że koszty pracy przyjęte przez niego w kalkulacji

zaoferowanej ceny nie naruszają obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wystosował ww. wezwania, pomimo tego, iż miał już wówczas wątpliwości czy w sytuacji zaistniałego w postępowaniu stanu faktycznego można mówić o cenie rażąco niskiej w odniesieniu do oferty American Systems Sp. z o.o., czy też jednak bardziej zasadnym byłoby stwierdzenie, że to ceny oferty dwóch pozostałych wykonawców, tj. Odwołującego oraz OPENMAR Sp. z o.o. Sp. j., są w rażący sposób zawyżone, a wykonawcy ci działają w porozumieniu.

Nadto wskazał, że Zamawiający przeprowadził analizę rynku pod kątem kosztów ponoszonych przez inne samorządy wojewódzkie na podobne zamówienia dotyczących utrzymania i rozwoju narzędzi do przeprowadzania naborów wniosków i oceny tychże wniosków. Z analizy tej wynika, że utrzymanie i rozwój tego rodzaju narzędzi to koszty rzędu od 2.000,00 zł do około 6.500,00 zł średniomiesięcznie. W przypadku przedmiotowego postępowania - oferta uznana za najkorzystniejszą przedstawia średniomiesięczną cenę ryczałtową w wysokości 41.762,61 zł (przy założeniu, że zamówienie realizowane byłoby przez okres 32 miesięcy). Zestawiając ww. wartości ze średniomiesięczną ceną wynikającą z oferty Odwołującego, wynoszącą 108.393,75 zł, odnieść można wrażenie, że to nie cena oferty uznanej za najkorzystniejszą mogłaby zostać uznana za rażąco niską, a raczej, że to cena oferty Odwołującego jest ceną rażąco wysoką.

Dodał, że Zamawiający posiada już system do naborów i oceny wniosków (system ten został zakupiony za cenę 152.384,70 zł). Przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego jest rozbudowa tego systemu, jego utrzymanie oraz przygotowanie dodatkowych raportów. W opinii Zamawiającego realne koszty zakładanej przez Zamawiającego rozbudowy i utrzymania systemu posiadanego przez Zamawiającego to średniomiesięcznie koszty rzędu 25.000,00 zł. W tym stanie rzeczy właściwym jest zdaniem Zamawiającego stwierdzenie, że Przystępujący został wezwany do wyjaśnienia ceny nie z uwagi na wątpliwości Zamawiającego co do ceny zaoferowanej przez ww. Wykonawcę, a jedynie z przyczyn formalnych - tj. ze względu na ponad trzydziestoprocentową różnicę pomiędzy ceną oferty Wykonawcy a średnią ceną wynikającą ze złożonych w postępowaniu trzech ofert.

Izba dokonała szczegółowej oceny oferty Przystępującego, a także treści wezwań w zakresie potrzeby złożenia wyjaśnień oraz złożonych wyjaśnień i stwierdza, że cena ta w stosunku do dwóch pozostałych ofert jest ceną niską, jednakże brak jest podstaw do stwierdzenia, że za zaoferowaną cenę Przystępujący nie będzie w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Wskazują na to złożone wyjaśnienia Przystępującego, a także porównanie cen za

świadczenie podobnych usług dla innych Urzędów Marszałkowskich w kraju. Oczywiście każde zamówienie tego typu jest inne, inne są też oczekiwania zamawiających w tym zakresie, ale fakt, że Przystępujący oferuje wykonanie tego zamówienia za kwotę wielokrotnie wyższą od cen realizacji podobnych umów w innych województwach nie może być poczytany jako kwota nierealna. Wskazać należy także co wykazano na rozprawie iż Przystępujący podobne zamówienia realizuje dla innych samorządów, tym samym trudno założyć, iż dokonując kalkulacji ceny tej oferty nie był mu znany zakres zadań do wykonania.

Zdaniem Izby podkreślić należy, iż niemalże cały koszt wykonania tego zamówienia to koszty osobowe związane z wynagrodzeniem osób, a te zależą od możliwości pozyskania przez Przystępującego osób, do wykonania tego zamówienia za określoną cenę.

Za niezasadne należy uznać stanowisko Odwołującego, który do wyliczeń ceny oferty Przystępującego przyjął dziewięciogodzinny dzień pracy na podstawie okresu, w jakim mają funkcjonować konsultacje telefoniczne, o których mowa w rozdziale II lit. a i b załącznika nr 7 do wzoru umowy - od 7:30 do 16:30 i na zasadzie analogii zastosował taką ilość godzin w ciągu dnia pracy do innych zadań, które mają zostać wykonane w ramach zamówienia). Takie założenie nie znajduje odzwierciedlenia w SIWZ, gdyż jedna osoba może pełnić role kilku ekspertów dlatego osoby zatrudnione przez wykonawcę przy realizacji zamówienia nie muszą pracować li tylko nad tym jednym zamówieniem. To że Zamawiający wskazał we wzorze umowy, że "Wykonawca będzie realizował Umowę przy czynnym udziale osób wskazanych w ofercie jako Eksperci", nie oznacza jeszcze, że powinni oni poświęcić na swoje zadania w ramach zamówienia 6039 roboczogodzin.

Przystępujący nadto wykazał, iż Zamawiający na etapie postępowania udostępnił dokumentację kodu źródłowego SNOW, Dokumentację techniczną SNOW, Instrukcję Administratora oraz Instrukcję Użytkownika. Dokumentacja techniczna jest przeznaczona dla osób, które mogą pracować nad modyfikacją systemu, zawiera dokładny opis metody działania programu, rozmieszczenia i sposobu działania poszczególnych komponentów itp. Ze względu na swoją naturę jest ona przeznaczona dla programistów, natomiast dla zwykłego użytkownika może wydawać się niezrozumiała. Dokumentacja opisuje kod aplikacji i nie ma potrzeby analizy każdej linii kodu, jak twierdzi Odwołujący. Przystępujący modyfikował już wiele projektów w oparciu o podobną dokumentację i posiada szerokie doświadczenie w tym temacie. Bezpodstawne jest twierdzenie o analizie każdej linii kodu źródłowego, a kalkulacje czasu niezbędnego do jego analizy zaprezentowane przez Odwołującego są zdecydowanie zawyżone. Podkreślić należy także, iż zarzut ten Odwołujący opierał w szczególności na twierdzeniu, że Zamawiający wymagał ciągłego udziału ekspertów (§9 ust. 4 zd. 1 wzoru umowy) w realizacji zamówienia.

Izba stwierdza, że w treści SIWZ nie ma zastrzeżenia, z którego wynikałoby, że wskazani w ofercie eksperci mają wykonywać swoje czynności w ciągu całego dnia roboczego tylko i wyłącznie na rzecz Zamawiającego, tj. po 9 godzin każdego dnia roboczego przez zakładane 671 dni roboczych realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdza, że podstawą twierdzeń Odwołującego jest założenie, iż tylko kalkulacja kosztów wykonania zamówienia dokonana przez niego jest prawidłowa i każde odstępstwo od tego założenia na „in minus” wskazuje na brak właściwej wyceny oferty i tym samym jej rażąco niską cenę. Powyższe nie znalazło potwierdzenia w dokumentacji postępowania oraz analizie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego. Dlatego też powyższy zarzut Izba uznaje za niezasadny. Nadto odnosząc się do zarzutu niewłaściwej oceny przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny Izba po ich analizie – biorąc pod uwagę powyższe ustalenia uznaje zarzut ten za niezasadny.

W kolejnym zarzucie trzecim zarzucie Odwołujący podniósł, niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu iż treść złożonej przez niego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu podkreślił, że podniesiony zarzut nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym. Odwołujący twierdzi, że zaoferowana przez Przystępującego możliwość zrealizowania Etapu technicznego nr 1 w ciągu 1 dnia skutkować powinno uznaniem jego oferty za niezgodną z treścią SIWZ. Takie stanowisko według Zamawiającego nie jest zgodne z treścią SIWZ, gdyż w rozdziale XIII pkt

4.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość realizacji Etapu technicznego nr 1 w ciągu 1 dnia, i termin ten będzie punktowany w takiej samej wysokości jak termin realizacji tego etapu w 2, 3, 4 czy też 5 dniach - za każdy z tych terminów wykonawca mógł otrzymać 40,00 pkt w kryterium „Termin realizacji Etapu technicznego nr 1”. Podkreślił, że na etapie przed upływem terminu składania i otwarcia ofert żaden z wykonawców nie podważył możliwości realizacji zamówienia w okresie punktowanym tj. od 1 do 5 dni.

Izba uznaje zasadność stanowiska Zamawiającego w tym zakresie uznając je jako własne. Niezasadne jest stanowisko Odwołującego, że wskazanie 1 dnia na realizację Etapu nr 1 było celowym dążeniem do uzyskania maksymalnej punktacji. Wynika to z faktu iż taką samą maksymalną ilość punktów w tym kryterium można było uzyskać za wskazanie terminu realizacji tego etapu do 5 dni. Takie założenie w ofercie Przystępującego wynika z

założeń co do metodologii realizacji przez niego całego zamówienia. Biorąc to pod uwagę Izba przedmiotowy zarzut uznaje za niezasadny.

W zarzucie czwartym w brzmieniu opisanym w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W tym zakresie Zamawiający podał, że Odwołujący w swoim odwołaniu stwierdził jakoby cyt. „Zamawiający w umowie zastrzegł, iż Etap nr 1 nie może stanowić wyższej kwoty jak 5% umowy, Etap nr 2 to 10% kwoty umowy”. Powyższe twierdzenie nie ma żadnego oparcia w treści SIWZ.

Przed wszystkim wskazać należy, że Odwołujący myli pojęcie „ceny” z pojęciem „płatności”. Zamawiający w §5 ust. 1 wzoru umowy wskazał, że za Etap techniczny nr 1 wypłaci

wykonawcy nie więcej niż 5% wynagrodzenia całkowitego brutto, a za Etap techniczny nr 2 - nie więcej niż 10% wynagrodzenia całkowitego brutto. Zastrzeżenie Zamawiającego nie oznacza, że „cena” Etapu technicznego nr 1 czy też Etapu technicznego nr 2 ma wynosić odpowiednio 5% lub 10% ceny oferty (wynagrodzenia całkowitego brutto). Płatność, jaka zostanie przez Zamawiającego dokonana za ww. etapy umowy, nie jest związana z kosztami, jakie faktycznie wykonawca poniesie w związku z realizacją obu ww. etapów technicznych. Etap techniczny nr 4 rozliczany będzie powykonawczo za zrealizowanie poszczególnych elementów wskazanych przez Zamawiającego dla tego etapu. Za realizację Etapu technicznego nr 3 Zamawiający płacić będzie równe raty miesięczne w wysokości obliczonej przez Zamawiającego z zastosowaniem zastrzeżeń procentowych dla płatności za realizację Etapu technicznego nr 1 i 2, po odliczeniu wynagrodzenia za Etap techniczny nr 4. Stanowisko Odwołującego zatem jakoby American Systems Sp. z o.o. celowo rozkładał i

„przesuwał” koszty, aby zapewnić sobie przyspieszony strumień płatności, nie ma odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Izba analizując treść uzasadnienia odwołania w świetle treści złożonej oferty stwierdza, że Odwołujący zarzut ten wiąże z zarzutem dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, a także domniemaniem przesunięcia przez Przystępującego kosztów realizacji etapu 4 do etapu 3. To że Przystępujący wycenił w ofercie koszt realizacji przedmiotu zamówienia na kwotę niższą niż Odwołujący nie uzasadnia twierdzenia iż uczynił to w celu eliminacji innych uczestników rynku zamówień, oferując rzekomo wykonanie zamówienia poniżej kosztów wykonania. Znamienne w tym zakresie jest ustalenie, że w zakresie etapu 4 gdzie Odwołujący kwestionując ustalony koszt jego realizacji przez Przystępującego sam Odwołujący w swojej ofercie wskazuje, iż zrealizuje ten etap za kwotę 200.600,00 zł, tj. niższą o ponad 60.000,00 zł od wyceny Przystępującego. W zakresie tych kwot w ofertach obu wykonawców należy zwrócić uwagę także na fakt, iż cena oferty Odwołującego jest prawie dwukrotnie wyższa od ceny ofertowej Przystępującego. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że brak jest podstaw w opisanym stanie faktycznym podstaw do uznania zasadności podniesionego zarzutu.

Izba na marginesie tego zarzutu, gdzie zamawiający stwierdził iż przy próbie wysłania przez Zamawiającego do OPENMAR Sp. z o.o. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty okazało się, że jeden z numerów telefonu podany w ofercie OPENMAR Sp. z o.o. sp. j. jest numerem telefonu do sekretariatu oddziału Odwołującego. Izba uznaje taką sytuację za budzącą poważne wątpliwości co do uczciwego konkutowania tych wykonawców w postępowaniu. Nie jest rzeczą normalną iż konkurujący w postępowaniu w sposób rzeczywisty wykonawcy, zamieszczają w swojej ofercie numer telefonu do komunikacji z Zamawiającym, będącym kontaktem do innego wykonawcy składającego również ofertę w tym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i 7; 191 ust. 2 oraz 192 ust.1 ustawy Pzp, Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia iż w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów wskazanych w *petitum* odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....