

POSTANOWIENIE
z dnia 19 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu **16 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 5 sierpnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

- A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Geomar” S.A. z siedzibą w Szczecinie, Digpro Solutions AB z siedzibą w Sztokholmie (Szwecja) – sygn. akt KIO 1891/13**
- B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, SHH sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – sygn. akt KIO 1892/13**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i wdrożenie Systemu Zarządzania Majątkiem klasy GIS* (nr postępowania GPZ.03-721-25/12)

prowadzonym przez zamawiającego: **PGNIG SPV 4 sp. z o.o. Oddział w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu (poprzednio: Wielkopolska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu)**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, SHH sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – w sprawie o sygn. akt KIO 1891/13 po stronie odwołującego**
- B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Globema” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ASTEC sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze – w sprawach o sygn. akt: KIO 1891/13 i KIO 1892/13 po stronie zamawiającego**

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża:

- A. w sprawie o sygn. akt KIO 1891/13 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Geomar” S.A. z siedzibą w Szczecinie, Digpro Solutions AB z siedzibą w Sztokholmie ,**
- B. w sprawie o sygn. akt KIO 1892/13 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, SHH sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) – uiszczoną przez tych odwołujących tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.} na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGNIG SPV 4 sp. z o.o. Oddział w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu {następca prawny Wielkopolskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Poznaniu, która wszczęła i prowadziła dotychczas postępowanie} – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.}; zwaną również dalej w skrócie „ustawą pzp lub „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy pn. *Dostawa i wdrożenie Systemu Zarządzania Majątkiem klasy GIS* (nr postępowania GPZ.03-721-25/12).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 6 września 2012 r. nr 2012/S_171-283072.

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

24-25 lipca 2013 r. Zamawiający przekazał faksem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty z 15 maja 2013 r. oraz zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Globema” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ASTEC sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum Globema”}, a także o odrzuceniu ofert złożonych przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATREM S.A. z siedzibą w Złotnikach i Neokart GIS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum Atrem”},
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intergraph Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Intergraph CS s.r.o. i Intergraph SG&I Deutschland GmbH {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum Intrgraph”},
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERI GmbH i Asseco Central Europe a.s {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum Asseco”}.

{KIO 1891/13}

5 sierpnia 2013 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „Geomar” S.A. z siedzibą w Szczecinie, Digpro Solutions AB z siedzibą w

Sztokholmie (Szwecja) {dalej zwani również w skrócie „Konsorcjum Geomar”} wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, któremu zarzucono następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 – przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 90 ust. 2 – przez zaniechanie dokonania procedury wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Globema, w związku z *informacjami powziętymi przez Zamawiającego w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 10 czerwca 2013 oraz treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2013 roku (sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13)*.
3. Art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie uznania za najkorzystniejszą oferty najtańszej i spełniającej wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia {wanej dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} złożonej przez Odwołującego.
4. {z ostrożności procesowej} Art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz *niezależnie* w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Globema, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Ponownego badania i oceny ofert, w szczególności zaś przeprowadzenia względem Konsorcjum Globema procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 pzp, z *uwzględnieniem zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu, a także wniosków wynikających z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2013 roku (sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13)*.
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Globema jako niezgodnej z treścią SIWZ *i z ostrożności procesowej jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji*.
4. Uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący.

{KIO 1892/13}

5 sierpnia 2013 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, SHH sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej zwani w skrócie „Konsorcjum Sygnity”} wnieśli odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, któremu zarzucono następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie przeprowadzenia procedury zmierzającej do ustalenia czy oferta Konsorcjum Globema nie zawiera rażąco niskiej ceny, w związku z informacjami powziętymi przez Zamawiającego w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 10 czerwca 2013 oraz treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2013 roku (sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13).
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Globema, której treść nie odpowiada treści SIWZ.
3. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
4. {z ostrożności procesowej} Art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niezależnie w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Globema, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
5. {z ostrożności procesowej} Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Globema, która zawiera rażąco niską cenę.
6. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie przeprowadzenia procedury zmierzającej do ustalenia czy oferta Konsorcjum Geomar nie zawiera rażąco niskiej ceny, w związku z informacjami powziętymi przez Zamawiającego w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 10 czerwca 2013 oraz treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2013 roku (sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13).
7. {z ostrożności procesowej} Art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Geomar, która zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z 24 lipca 2013 r.
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wraz z przeprowadzeniem względem Konsorcjum Globema oraz Konsorcjum Geomar procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 pzp, z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu, a także wniosków wynikających z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2013 roku (sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13).
3. Odrzucenie oferty Konsorcjum Globema jako niezgodnej z treścią SIWZ
4. Odrzucenie oferty Konsorcjum Globema, z ostrożności procesowej jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
5. Odrzucenie oferty Konsorcjum Globema z ostrożności procesowej jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę.

6. Odrzucenie oferty Konsorcjum Geomar z *ostrożności procesowej jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę.*
7. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

{KIO 1891/13 i KIO 1892/13}

W obydwu odwołaniach przedstawiono między innymi następujące okoliczności jako uzasadnienie ich wniesienia.

24 {Konsorcjum Sygnity} lub 25 lipca 2013 r. {Konsorcjum Geomar} Odwołujący otrzymali faksem od Zamawiającego informację o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z 15 maja 2013 r. oraz odrębnie informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Globema. Zamawiający – zgodnie z wyrokiem Izby z 14 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13) odrzucił: ofertę Konsorcjum Atrem S.A. i NEOKART GIS sp. z o.o., uprzednio wybraną jako najkorzystniejszą, a także ofertę Konsorcjum Asseco Poland S.A., ofertę Asseco BERI GmbH i Asseco Central Europe a.s. oraz ofertę Konsorcjum Intergraph Polska sp. z o.o., Intergraph CS s.r.o. i Intergraph SG&I Deutschland GmbH. Oferty zostały odrzucone między innymi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 pzp.

Po analizie dokumentacji postępowania, w tym ofert innych wykonawców wraz ze złożonymi wyjaśnieniami i protokołów posiedzeń komisji przetargowej, Odwołujący stwierdzili, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia badania i odrzucenia oferty Konsorcjum Globema, przy czym według Odwołujący Konsorcjum Sygnity analogiczne zaniechania dotyczą również oferty Konsorcjum Geomar. Odwołujący Konsorcjum Sygnity dodał, że z dokumentacji postępowania nie wynika dokonanie przez Zamawiającego po 14 czerwca 2013 r. jakichkolwiek czynności względem oferty Konsorcjum Globema i oferty Konsorcjum Geomar. W ocenie Odwołujących oznacza to niewykonanie przez Zamawiającego wyroku z 14 czerwca 2013 r., w którym Izba nakazała Zamawiającemu: po pierwsze – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 15 maja 2013 r., po drugie – powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert wykonawców: Konsorcjum Atrem S.A. i NEOKART GIS sp. z o.o., Konsorcjum Asseco Poland S.A., Asseco BERI GmbH i Asseco Central Europe a.s. oraz Konsorcjum Intergraph Polska sp. z o.o., Intergraph CS s.r.o. i Intergraph SG&I Deutschland GmbH. Według Odwołujących z sentencji wyroku wynika również, że Zamawiający został nie tylko zobowiązany do odrzucenia wskazanych wprost przez Izbę ofert z przyczyn opisanych w uzasadnieniu wyroku, ale również został nałożony na Zamawiającego obowiązek ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny wszystkich ofert. Jak to dodatkowo uzasadnił Odwołujący

Konsorcjum Sygnity – w szczególności gdy całokształt Postępowania i informacji uzyskanych przez Zamawiającego w trakcie i w związku z rozprawą w dniu 10 czerwca 2013 roku wskazywać może na konieczność głębszego poznania stanowisk wykonawców i wyjaśnień ich ofert.

Zdaniem Odwołujących z obowiązku przeprowadzenia takiego badania nie zwalnia Zamawiającego fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku {na str. 48 i 49} uznała za przedwczesny i podlegający oddaleniu zarzut: *naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Globema Sp. z o.o. i ASTEC Sp. z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę (KIO 1246/13)*. Uznanie zarzutu za przedwczesny spowodowane było bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający nie skierował do Konsorcjum Globema wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust 1 pzp do czasu zakończenia pierwotnego badania i oceny ofert. Według Odwołującego Konsorcjum Geomar było to oddalenie zarzutu jedynie z przyczyn formalnych, co *nie oznacza akceptacji oferty* Konsorcjum Globema i nie stanowi uzasadnienia dla zaniechania badania tej oferty w zakresie ewentualnego zaistnienia rażąco niskiej ceny. Według Odwołującego Konsorcjum Sygnity oddalenie przez Izbę ww. zarzutu i ocenienie go jako przedwczesnego nie oznacza, że Zamawiający został tym samym zwolniony z obowiązku przeprowadzenia badania oferty Konsorcjum Globema *w całym zakresie*, również pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji i rażąco niskiej ceny. Według Odwołujących badanie takie konieczne, gdyż Zamawiający (jak i inni uczestnicy postępowania odwoławczego) *posiadł w trakcie rozprawy w dniu 10 czerwca 2013 roku, w szczególności zaś z pism procesowych, wiedzę o podstawach zarówno do dokonania ponownego badania* oferty Konsorcjum Globema, jak i być może do ich odrzucenia, przy czym według Odwołującego Konsorcjum Sygnity wiedza ta dotyczy również oferty Konsorcjum Geomar.

W ocenie Odwołujących na konieczność ponownego przeprowadzania badania ofert złożonych w postępowaniu, a w szczególności, zbadania, czy oferta Konsorcjum Globema nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – polegającego na manipulowaniu ceną pomiędzy ustalonymi kryteriami oceny ofert {co – jak sam dodał Odwołujący Konsorcjum Geomar – stanowiło jego zarzut podniesiony w odwołaniu w sprawie KIO 1246/13} – wskazują także następujące stwierdzenia znajdujące się na stronach 29 i 30 uzasadnienia wyroku z 14 czerwca 2013 r.: *W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej*

konkurencji, do której odsyła ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działania przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów.

Według Odwołującego Konsorcjum Sygnity również samo Konsorcjum Globema zauważa taką konieczność badania ofert konkurencji, wskazując w złożonym 10 czerwca 2013 r. piśmie procesowym, co następuje: *Wskazać należy za orzecznictwem (np. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 794/08, wyrok z dnia 04 stycznia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/10, wyrok z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12, wyrok z dnia 03 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2011/12), że o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy PZP powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert: 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez Zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę, 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen, 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych. Przy czym w orzecznictwie podkreśla się, że wystarczające jest wystąpienie choćby jednego z ww. elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.* Odwołujący Konsorcjum Sygnity ocenił, że w przypadku oferty Konsorcjum Globema oraz oferty Konsorcjum Geomar zachodzą wszystkie wyżej wymienione przesłanki. Odwołujący Konsorcjum Sygnity stanął na stanowisku, że zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Globema oraz Konsorcjum Geomar do złożenia wyjaśnień przy ponownym badaniu i ocenie ofert jest zasadny, gdyż Zamawiający winien, chociażby z ostrożności procesowej, wezwać wskazanych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Jednocześnie według

Odwołującego Konsorcjum Sygnity istnieją inne, obiektywne przesłanki wskazujące na zasadność przeprowadzania przez Zamawiającego szczegółowego badania w celu upewnienia się, czy złożenie oferty przez wskazanych wykonawców nie jest czynem nieuczciwej konkurencji i czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przesłanki te miałyby wynikać z treści następujących dokumentów: po pierwsze – oferty Konsorcjum Globema, po drugie – odwołania Konsorcjum Globema oraz dalszych pismach procesowych złożonych przez nie na rozprawie w dniu 10 czerwca 2013 r., po trzecie – oferty Konsorcjum Geomar, po czwarte – odwołania Konsorcjum Geomar i, po piąte – pisma Zamawiającego z 22 maja 2013 r. dołączonego jako załącznik nr 5 do odwołania Konsorcjum Geomar z 24 maja 2013 r.

Czynem nieuczciwej konkurencji, którego zdaniem Odwołujących dopuściło się Konsorcjum Globema składając ofertę, jest naruszeniem w szczególności 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. Odwołujący Konsorcjum Sygnity skonkretyzował to w ten sposób, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia przez zastosowanie art. 90 ust. 1 pzp, czy zaoferowane przez Konsorcjum Globema ceny w obydwu ocenianych kryteriach są adekwatne do przedmiotu, jaki obejmują. Odwołujący powołał się na to, że – jak orzekła Izba w wyroku – czynem nieuczciwej konkurencji jest praktyka manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji. Według Odwołującego jedynym zaś sposobem pozyskania wiedzy przez Zamawiającego, czy do takiej manipulacji cenami doszło jest zastosowanie art. 90 ust. 1 pzp, a w przypadku potwierdzenia rażąco niskiej ceny dla któregośkolwiek z kryteriów – odrzucenie tej oferty zarówno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, jak i pkt 4 ustawy pzp.

Ponadto Odwołujący opisali w jaki sposób wynikające z s.i.w.z. wagi przypasane dwóm cenowym kryteriom oceny ofert umożliwiły wykonawcom składającym ofertę manipulację cenami, co doprowadziło do – jak to określił Odwołujący Geomar – kuriozalnej sytuacji, że oferta Konsorcjum Globema z łączną ceną wynoszącą 6,32 mln zł została uznana za korzystniejszą od oferty Odwołującego opiewającej na łączną cenę 5,63 mln zł. Odwołujący zrelacjonowali również okoliczności związane z szacowaniem przez Zamawiającego wartości przedmiotowego zamówienia, podkreślając, że zostały one oparte między na informacjach pochodzących od Konsorcjum Globema {według Odwołującego Konsorcjum Sygnity, również na informacjach od Konsorcjum Geomar}. W ocenie Odwołujących zaoferowanie w postępowaniu ceny o ok. 50% niższej od tych szacunków, powinno spowodować wezwanie Konsorcjum Globema przez Zamawiającego do wyjaśnień

w trybie art. 90 ust. 1 pzp {przy czym Konsorcjum Sygnity odniosło to również do oferty Konsorcjum Geomar, która stanowi ok. 44% kwoty oszacowanej przez Zamawiającego}. W zgodnej opinii Odwołujących podział ceny oferty przez Konsorcjum Globema jest dowodem na to, że dokonało ono manipulacji pomiędzy osobno ocenianymi kryteriami cenowymi o różnych wagach w celu uzyskania jak największej liczby punktów. Ponieważ Izba w wyroku z 14 czerwca 2013 r. wskazała, że: *ustalenie przez zamawiającego, że wykonawcy wbrew dobremu obyczajom dopuścili się manipulowania cenami w celu uzyskania wyższej punktacji przerzucając koszty pomiędzy usługami obligowało zamawiającego do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, według Odwołującego Konsorcjum Sygnity Zamawiający winien wykorzystać wiedzę uzyskaną na rozprawie i podjąć odpowiednie czynności w celu wyjaśnienia, czy również w przypadku oferty Konsorcjum Globema nie zachodzi czyn nieuczciwej konkurencji powiązany z rażąco niską ceną oferty. W ocenie Odwołującego Konsorcjum Geomar ponieważ działania Konsorcjum Globema mają analogiczny charakter do tych, które stały się podstawą uznania zarzutów podniesionych przeciwko Konsorcjum Atrem, Konsorcjum Asseco i Konsorcjum Intrgraph, Zamawiający wykonując wyrok z 14 czerwca 2013 r. winien wezwać Konsorcjum Globema do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

{KIO 1892/13}

Odwołujący Konsorcjum Sygnity podniósł ponadto w swoim odwołaniu zarzuty zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Globema na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako niezgodnej z treścią s.i.w.z w trzech aspektach: po pierwsze – obliczeń hydraulicznych (moduł obliczeń inżynierskich), po drugie – praw majątkowych i oprogramowania *open source*, po trzecie – nałożenia dodatkowych wymagań na Zamawiającego.

8 sierpnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły następujące zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, SHH sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – w sprawie o sygn. akt KIO 1891/13 po stronie odwołującego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Globema” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ASTEC sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze – w sprawach o sygn. akt: KIO 1891/13 i KIO 1892/13 po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystażeń, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Pismami z 12 sierpnia 2013 r. Zamawiający wniósł odpowiedzi na oba odwołania, wnosząc o ich odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy pzp.

Na podstawie treści odwołań oraz wyroku Izby z 14 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1240/13, KIO 1246/13 i KIO 1248/13), Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 6 września 2012 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271).

Wyrokiem z 14 czerwca 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła poprzednio wniesione odwołania przez Konsorcjum Geomar (sprawa o sygn. akt KIO 1246/13), Konsorcjum Sygnity (sprawa o sygn. akt KIO 1248/13), jak również odwołanie wniesione przez Konsorcjum Globema (sprawa o sygn. akt KIO 1240/13). Sentencja tego wyroku przedstawiała się tak, jak opisano to w aktualnie wniesionych odwołaniach. Izba nakazała zatem Zamawiającemu unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Atrem, a także – w ramach powtórnego badania i oceny ofert – odrzucenie tej oferty, jak również oferty Konsorcjum Intergraph oraz oferty Konsorcjum Asseco – z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu wyroku. Wobec tego Odwołujący bezpodstawnie wywodzą, że Zamawiający, który unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty z 15 maja 2013 r., a następnie – w wyniku powtórnego badania i oceny ofert – wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum Globema, zaniechał w pełni wykonania powyższego wyroku, przede wszystkim jego sentencji. W szczególności należy zauważyć, że skonkretyzowano w niej jakie czynności względem jakich wykonawców Zamawiający obowiązany jest dokonać, przy czym okoliczności zawarte w odwołaniu miały wskazać na jakich podstawach prawnych i faktycznych należy te czynności oprzeć. Wbrew temu co sugeruje Odwołujący Konsorcjum Sygnity wśród tych okoliczności, które Zamawiający miał uwzględnić na mocy wyroku Izby z 14 czerwca 2013 r. nie mieści się żaden – bliżej niesprecyzowany w odwołaniu – *całokształt postępowania i informacji uzyskanych w trakcie i w związku z rozprawą*, która

odbyła się 10 czerwca 2013 r. Ponieważ Izba orzeka w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu {co wynika z art. 192 ust. 7 pzp}, nakazane czynności pozostają w nierozzerwalnym związku z zarzutami uznanymi za zasadne i dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia {co z kolei wynika z art. 192 ust. 2 pzp}. Zatem Izba w ramach powtórnego badania i oceny ofert nakazała dokładnie to, co zostało zapisane w sentencji i uszczegółowione w uzasadnieniu wyroku. Innymi słowy – Zamawiający nie miał obowiązku powtórzenia czynności i badania ofert w szerszym zakresie, niż to wynikało z sentencji wyroku odzwierciedlającej wynik poprzednich spraw odwoławczych. W tym sensie można powiedzieć, że Zamawiający został zwolniony z obowiązku ponownego badania ofert w pełnym zakresie, czyli wykraczającym poza nakazane wprost odrzucenie 3 ofert.

Natomiast całokształt okoliczności, który można ustalić na podstawie wyroku z 14 czerwca 2013 r. wskazuje na to, że ponownie wniesione przez Konsorcjum Geomar i Konsorcjum Sygnity odwołania podlegają odrzuceniu. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że oba odwołania zostały wniesione od zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Globema na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, względnie zaniechania wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Ponadto Konsorcjum Sygnity odwołało się od analogicznych zaniechań względem oferty Konsorcjum Geomar, a także od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Globema na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Izba zważyła, że obydwie odwołania zostały wniesione po upływie terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 pzp {czyli faksem lub drogą elektroniczną} – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp {co dotyczy przedmiotowego postępowania}. Tymczasem Odwołujący dowiedzieli się o zaniechaniach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionych odwołań już z zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania z 15 maja 2013 r. Odwołania wniesione 5 sierpnia 2013 r. podlegają zatem odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp z uwagi na przekroczenie 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp.

Ponadto poszczególne zarzuty odwołań podlegają również odrzuceniu na podstawie innych przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Odwołujący zupełnie błędnie chcą wywieść korzystne dla siebie skutki prawne nie tylko z faktu niepodniesienia w terminie zarzutów, ale nawet z faktu oddalenia zarzutów poprzednich odwołań, zwłaszcza w sytuacji,

gdy nastąpiło to z uwagi na ich wadliwą konstrukcję. Dotyczy to zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 pzp przez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Globema, której złożenie miałyby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji oraz która miałaby zawierać rażąco niską cenę. Zarzuty takie były zawarte w poprzednim odwołaniu Konsorcjum Geomar i zostały przez Izbę oddalone {zarzut nr 12 na str. 48-49 wyroku}. Bezprzedmiotowe jest zatem powoływanie się aktualnie przez Odwołujących na wyrwane z kontekstu ogólne rozważania {zawarte na str. 29-30} poprzedzające rozstrzygnięcie poszczególnych zarzutów dotyczących problematyki rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji odwołanie zarówno Konsorcjum Geomar, jak i Konsorcjum Sygnity podlega odrzuceniu na podstawie przesłanki z pkt 5 ust. 2 art. 189 pzp, gdyż Zamawiający zgodnie z wynikiem rozpatrzenia tych zarzutów nie odrzucił oferty Konsorcjum Globema. Ponadto w przypadku odwołania Konsorcjum Geomar ziściła się również przesłanka z pkt 4 ust. 2 art. 189 pzp, gdyż Odwołujący powołuje się *de facto* wyłącznie na te same okoliczności merytoryczne, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z 14 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1246/13. Odwołujący bezskutecznie usiłuje zatem oddalone przez Izbę zarzuty ponownie uczynić przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, podczas gdy jedynym dopuszczalnym sposobem podważenia poprzedniego rozstrzygnięcia Izby jest wniesienie skargi na wyrok z 14 czerwca 2013 r. W taki sam sposób należy ocenić ponowne podniesienie przez Konsorcjum Sygnity zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Globema na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp za rzekomą niezgodność jej treści w zakresie obliczeń hydraulicznych oraz przekazania praw majątkowych do oprogramowania. Analogiczne zarzuty zostały w sprawie o sygn. akt KIO 1248/13 uznane przez Izbę za niezasadne {odpowiednio: zarzut nr 13 na str. 49-52 i zarzut nr 17 na str. 56-58}. Odwołanie Konsorcjum Sygnity podlega zatem w tym zakresie odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 pzp.

Ponadto należy zauważyć, że materiał dowodowy i stanowiska stron w poprzednich sprawach odwoławczych był podstawą wydania przez Izbę wyroku z 14 czerwca 2013 r., a zatem nie stanowi żadnych nowych okoliczności, które mogą uzasadniać wnoszenie nowych odwołań w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanych przesłanek, badanych z urzędu, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołań, które podlegają obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 pzp. Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 ustawy pzp – odrzuciła odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępujących.

**Sygn. akt: KIO 1891/13
KIO 1892/13**

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku w obu sprawach, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 i 6 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), obciążając Odwołujących tymi kosztami w postaci uiszczonych przez nich wpisów.

Przewodniczący: