

Sygn. akt: KIO 2690/11
KIO 2692/11
KIO 2693/11
KIO 2696/11

WYROK
z dnia 9 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 28 grudnia 2011 i 3 stycznia 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A) w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sprint SA, Madkom SA, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk;**
- B) w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Rodan Systems SA, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa;**
- C) w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń;**
- D) w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Unizeto Technologies SA, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin,**

przy udziale:

- A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Rodan Systems SA, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2690/11 po stronie odwołującego;

- B) wykonawcy **Unizeto Technologies SA, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2690/11 po stronie zamawiającego;
- C) wykonawcy **LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2690/11 po stronie zamawiającego;
- D) wykonawcy **Unizeto Technologies SA, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2692/11 po stronie zamawiającego;
- E) wykonawcy **LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2692/11 po stronie zamawiającego;
- F) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Rodan Systems SA, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2693/11 po stronie odwołującego;
- G) wykonawcy **Unizeto Technologies SA, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2693/11 po stronie zamawiającego;
- H) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Rodan Systems SA, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2696/11 po stronie zamawiającego;
- I) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sprint SA, Madkom SA, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2696/11 po stronie zamawiającego;
- J) wykonawcy **LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2692/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1A. Uwzględnia odwołanie oznaczone sygnaturą akt KIO 2690/11 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego.**

1B. Uwzględnia odwołanie oznaczone sygnaturą akt KIO 2692/11 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego.

1C. Oddala wniesione odwołania oznaczone sygn. akt KIO 2693/11.

1D. Oddala wniesione odwołania oznaczone sygn. akt. KIO 2696/11.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sprint SA, Madkom SA, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk**, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Rodan Systems SA, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa**, wykonawcę **LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń** i wykonawcę **Unizeto Technologies SA, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin**.

2. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60.000 zł 00 gr.** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sprint SA, Madkom SA, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk**, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Rodan Systems SA, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa**, wykonawcę **LTC Sp. z o.o., ul. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń** i wykonawcę **Unizeto Technologies SA, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin**. tytułem wpisów od odwołań,

2.1 zasądza:

A. od zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** **19.572 zł 02 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt dwa złote dwa grosze) na rzecz **Sprint SA, Madkom SA, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

B. od zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy zero złotych zero groszy) na rzecz **Rodan Systems SA, Polska Wytwórnia Papierów**

Wartościowych SA, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2690/11
KIO 2692/11
KIO 2693/11
KIO 2696/11

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-456 Szczecin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługi budowy, wdrożenia i dostosowania systemów informatycznych oraz dostawę infrastruktury technicznej w ramach projektu „e-Administracja i e-Turystyka w województwie zachodniopomorskim” – podprojekt e-Administracja«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 września 2011 r. pod nrem 2011/S 178-292495.

Zamawiający zawiadomił 6 grudnia 2011 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Unizeto;
- 2) wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Sprint SA i Madkom SA, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk;
- 3) wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rodan Systems SA, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa;

W postępowaniu o sygn. akt KIO 2690/11 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SPRINT SA z siedzibą w Gdańsku, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk (pełnomocnik), MADKOM SA z siedzibą w Gdyni al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Rodan Systems SA z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa – lider, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA z siedzibą w Warszawie, ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa

złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

Wykonawca LTC Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu, al. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

Wykonawca Unizeto Technologies SA z siedzibą w Szczecinie, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

W postępowaniu o sygn. akt KIO 2692/11 wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Rodan Systems SA – lider, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli 16 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca LTC Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu, al. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.12.2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

Wykonawca Unizeto Technologies SA z siedzibą w Szczecinie, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.12.2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

W postępowaniu o sygn. akt KIO 2693/11 wykonawca LTC, al. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Rodan Systems SA z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa – lider, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA z siedzibą w Warszawie, ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia

do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.12.2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie odwołującego.

W postępowaniu o sygn. akt KIO 2696/11 wykonawca LTC, al. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 19 grudnia 2011 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SPRINT SA z siedzibą w Gdańsku, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk – lider, MADKOM SA z siedzibą w Gdyni, al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.12.2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Rodan Systems SA z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa – lider, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA z siedzibą w Warszawie, ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.12.2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

Wykonawca LTC Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu, al. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 22.12.2011 r. (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

Dotyczy postępowania o sygn. akt KIO 2690/11

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SPRINT SA z siedzibą w Gdańsku, ul. Budowlanych 64E, 80-298 Gdańsk (pełnomocnik), MADKOM SA z siedzibą w Gdyni al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie od czynności podjętej przez zamawiającego z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany, a to od:

- 1) zaniechania wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, przez celowo błędne przyjęcie i uznanie przez zamawiającego, że treść oświadczeń złożonych w ofercie przez odwołującego jak również treść udzielonych przez odwołującego wyjaśnień oraz treść i forma dostarczonych przez odwołującego

- dokumentów na skutek wezwania przez zamawiającego do ich uzupełnienia, nie odpowiada treści wymagań wskazanych w ogłoszeniu;
- 2) zaniechania wykluczenia odwołującego nie podając uzasadnienia faktycznego z nieuzasadnionym powołaniem się na fakt, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
 - 3) naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez celowo błędne przyjęcie i uznanie, że treść oświadczeń złożonych w ofercie przez odwołującego, jak również treść udzielonych przez odwołującego wyjaśnień oraz treść i forma dostarczonych przez odwołującego dokumentów na skutek wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie odpowiada treści wymagań wskazanych w ogłoszeniu, a w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a Pzp przez zatrzymanie wniesionego przez odwołującego wadium w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw prawnych;
 - 4) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto, której to oferty treść nie odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej specyfikacji bez bliższego określenia) w zakresie oferowanej bazy danych Microsoft SQL Enterprise Edition;
 - 5) naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy LTC Sp. z o.o., której to oferty treść nie odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oferowanej bazy danych Microsoft SQL Enterprise Edition;
 - 6) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
 - 7) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto, wobec faktu, że złożenie oferty obejmującej cenę 1 roboczogodziny w wysokości 1,23 zł brutto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
 - 8) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Unizeto, jak również zastosowanie nieuprawnionego i nie istniejącego w ustawie Pzp trybu wyboru oferty, tj. „propozycji wyboru”, mimo, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów zamawiającego i powinna podlegać wykluczeniu na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp z przyczyn faktycznych i formalnych.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) unieważnienia czynności zatrzymania wadium i nakazanie zamawiającemu zwrotu wadium;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny oferty odwołującego;
- 4) wykluczenia wykonawcy Unizeto i odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 5) dokonania ponownego badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 6) alternatywnie unieważnienia postępowania.

Nadto odwołujący wnosi o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Argumentacja odwołującego

6 grudnia 2011 r. zamawiający powiadomił odwołującego o „propozycji wyboru” najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą „zapropozowano uznanie” oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto, a na drugim miejscu (w ocenie punktowej) znalazła się oferta odwołującego.

Wnosząc o uwzględnienie przedstawionych na wstępie zarzutów odwołujący stwierdza, co następuje:

1. Rażąco niska cena usług serwisowych

W uzasadnionej ocenie odwołującego, wykonawca Unizeto za wykonanie przedmiotu umowy zaoferował cenę, która jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym oferta wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający w ust. 13.4 specyfikacji wskazał, że w ofercie należy podać cyfrowo łączną cenę netto i brutto z wyodrębnieniem VAT, słownie tylko w miejscach wskazanych, a w ofercie cenowej podaje się odrębnie: łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia (Zadania od I do VII), wraz z kosztami Usług Rozwoju Systemu, zasilania Treściami cyfrowymi, integracji Systemu EOD z obecnymi systemami Urzędu Marszałkowskiego z limitem łącznie do 10.000 (dziesięciu tysięcy) roboczogodzin, koszt jednej roboczogodziny (w ramach Usług Rozwoju Systemów, zasilania Treściami cyfrowymi dla systemów wdrożonych w ramach zadań II-VI zamówienia oraz Integracji Systemu EOD z obecnymi systemami Urzędu Marszałkowskiego), koszt licencji zewnętrznych (w ramach: Platformy ESP, Platformy BIP, Platformy EOD).

Zamawiający w ramach ceny ofertowej wyodrębnił trzy jej składniki, które należało poddać osobnej analizie i ocenie, co potwierdza treść ust. 14.1.1, 14.1.3, 14.1.4 specyfikacji, w których ustalono osobną punktację za: łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia

(36 punktów), koszt jednej roboczogodziny (10 punktów) i koszt licencji zewnętrznych (4 punkty).

Wybrany przez zamawiającego wykonawca za wykonanie przedmiotu zamówienia zaproponował:

cenę w wysokości 11.464.971,45 zł brutto,
koszt jednej roboczogodziny ustalił na 1,23 zł brutto,
natomiast koszt licencji – na 0,01 zł każda.

Zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi o braku wiarygodności oferty wykonawcy z uwagi na zaproponowanie nierealistycznej ceny. Wynika to z faktu, że wykonawca przyjął zupełnie oderwaną od aktualnych realiów cenę jednej roboczogodziny, podając w ofercie, że wynosi ona 1,23 zł brutto. Okoliczność ta w sposób oczywisty dowodzi, że przy zachowaniu reguł rynkowych, wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne w związku z tym, że wykonawca oferuje swe usługi za symboliczną kwotę.

W opinii odwołującego cena jednej roboczogodziny pełni kluczową rolę w ofertach składanych przez wykonawców, gdyż nie tylko można za nią zdobyć stosunkowo dużą liczbę punktów w postępowaniu dotyczącym wyłonienia jak najkorzystniejszej oferty, ale także wpływa na późniejsze faktyczne wynagrodzenie wykonawcy, który oprócz otrzymania kwoty ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia, otrzymuje również wynagrodzenie godzinowe, co zresztą zostało jednoznacznie wskazane w § 5 ust. 3 Załącznika nr 8 do specyfikacji – Umowa na usługi budowy, wdrożenia i dostosowania systemów informatycznych oraz dostawa infrastruktury technicznej w ramach projektu „e-Administracja i e-Turystyka w województwie zachodniopomorskim” – podprojekt e-Administracja. Realizacja roboczogodzin stanowi niejako odrębną część zamówienia, istotną z punktu widzenia całości jego przedmiotu.

Wykonawca, któremu zamawiający udzielił zamówienia, niewątpliwie ustalił rażąco niski koszt roboczogodziny w celu uzyskania jak największej liczby punktów, a co za tym idzie – wygrania przetargu. W obliczu podobieństwa cen za wykonanie przedmiotu zamówienia, dodatkową punktację można było zdobyć właśnie za ustalenie korzystnego kosztu jednej roboczogodziny. Korzystny koszt jednej roboczogodziny w żadnym razie nie może być zaoferowany w oderwaniu od realiów rynkowych.

Tymczasem podczas gdy inni wykonawcy ustalili – w przypadku odwołującego na podstawie wnikliwej analizy rynku i standardowych cenników usług – koszt jednej roboczogodziny na kwoty od 12,30 zł brutto do 92,25 zł brutto (w tym aż trzech wykonawców w wysokości około 12-13 zł brutto), to wybrany przez zamawiającego wykonawca przyjął stawkę jedynie 1,23 zł brutto.

Już z samego porównania stawek zaoferowanych przez różnych wykonawców z kosztami zaproponowanymi przez wykonawcę Unizeto wynika rażąca dysproporcja cen, co pozwala na uznanie, że wyłoniony przez zamawiającego wykonawca przygotował swą ofertę w tym zakresie pomijając aktualne stawki, realia rynku, poniżej jakichkolwiek kosztów, bez uwzględnienia chociażby przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 5 października 2010 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2011 r., od dnia 1 stycznia 2011 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1.386,00 zł. Od 1 stycznia 2012 r. kwota minimalnego wynagrodzenia ma wynosić 1.500,00 zł.

Przyjmując stawkę aktualnie obowiązującej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę za swoistego rodzaju wytyczne skonstatować należy, że koszt jednej roboczogodziny powinien wynosić co najmniej 8,66 zł. Nawet w przypadku, gdyby wszyscy pracownicy wykonawcy świadczyli pracę na jego rzecz w okresie swojego pierwszego roku pracy i zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, otrzymywaliby 80% wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, to i tak przysługująca im stawka za roboczogodzinę (6,93 zł) byłaby sześciokrotnie wyższa od tej podanej przez wykonawcę w ofercie. Ukształtowanie kosztu jednej roboczogodziny w wysokości niższej, będzie generować po stronie wykonawcy stratę, której wystąpienie jest równoznaczne z ustaleniem rażąco niskiej ceny. Powyższe rozważania należy zastosować odpowiednio do świadczenia usług na podstawie umów cywilnoprawnych, gdyż istnieje bardzo niske prawdopodobieństwo, aby któryś ze zleceniobiorców przystałby na stawkę skutkującą tym, że np. za 8 godzin świadczenia otrzymywałby kwotę 9,84 zł brutto.

Nawet przyjmując, że wykonawca zamierza skorzystać z najtańszych mocy przerobowych i potencjalnych wysokich upustów – jak wskazuje odwołujący – niemożliwych w realizacji skomplikowanych projektów informatycznych, wymagających profesjonalnej i specjalnej wiedzy techniczno-technologicznej, przyjęta przez niego stawka jest obiektywnie całkowicie odrealniona. Zdaniem odwołującego, który ustalił stawkę za jedną roboczogodzinę na podstawie dokładnej analizy rynku, nie ma możliwości wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia publicznego za godzinową stawkę niższą niż 10 zł brutto. Takie działanie wykonawcy Unizeto przekreśla wiarygodność jego oferty i pozwala stwierdzić, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę grozi niebezpieczeństwem zarówno niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. KIO 719/11) i wskazuje na nieopłacalność przedsięwzięcia dla wykonawcy Unizeto.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie definiuje rażąco niskiej ceny. Jednak pojęcie to zostało dookreślone w bogatym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 17 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1665/11, Izba stwierdziła, że: „Za

rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne". Natomiast w wyroku z dnia 14 lutego 2011 r., sygn. KIO 228/11, Izba skonstatowała, że: „Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej”.

Zamawiający w toku badania ofert powinien zauważyć ewidentną dysproporcję pomiędzy ceną jednej roboczogodziny ustaloną przez innych wykonawców, a tą wskazaną przez wykonawcę Unizeto i na tej podstawie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, jako że ustalony przez wykonawcę koszt jednej roboczogodziny odbiega nawet od powszechnie przyjętych, znanych z doświadczenia życiowego stawek.

Zamawiający, dokonując wyboru oferty wykonawcy, naruszył art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jednej roboczogodziny, wymiennie wpływającej na całość oferty i jej ocenę przez zamawiającego. Podobnie KIO w wyroku z 2 marca 2011 r. w sprawie o sygn. KIO 358/11 Izba uznała, że: „W przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności skalkulowania ceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Za wystarczające uzasadnienie do wezwania należy uznać wątpliwości powstałe na skutek np. porównania ceny danej oferty do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub średnich cen rynkowych lub też wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego”. Zaś w wyroku z 22 lipca 2011 r., sygn. KIO 1452/11, Izba zawarła rozstrzygnięcie, że: „Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a nie do przedłożenia dowodów”.

To zamawiającemu daje się pod rozwagę kwestię, czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień w zakresie ceny. Wyżej wymieniony obowiązek zachodzi zaś po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zrodzą się u niego wątpliwości, co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak przyjęcie przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, przekładającej się na ostateczną treść oferty, było oczywiste, tak więc zamawiający powinien – w celu prawidłowego przeprowadzenia postępowania i wyboru najlepszej oferty – bezwzględnie wszcząć procedurę przewidzianą w art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający, pomimo zaistnienia nie

przesłanek, zaniechał dokonania czynności wynikających z art. 90 ust. 1 Pzp, wobec czego przedmiotowy zarzut naruszenia przepisów jest jak najbardziej uzasadniony.

Podkreślić w tym miejscu należy, że zamawiający przez swe zaniechanie nie tylko naruszył art. 90 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ale także art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W wyniku tego doszło do bezpodstawnego wyboru oferty wykonawcy Unizeto jako najkorzystniejszej. W przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a następnie ewentualnego odrzucenia (co w uzasadnionej ocenie odwołującego było i w dalszym ciągu jest obligatoryjne) oferty wykonawcy Unizeto, zamawiający wybrałby ofertę innego wykonawcy, w której zawarto rzeczywiste ceny usług; wykonawcy, co do którego nie zachodziłoby ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia w związku z nadmiernym zaniżeniem stawek, poddającym w wątpliwość opłacalność przedsięwzięcia dla wykonawcy.

Oferta wykonawcy Unizeto powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca – przez złożenie oferty o tak rażąco niskiej cenie jednej roboczogodziny – dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Działanie wykonawcy było ukierunkowane jedynie na zdobycie jak największej liczby punktów i uzyskanie zamówienia.

W tym celu wykonawca posłużył się nierzeczywistym kosztem jednej roboczogodziny, niemającym oparcia w gospodarczej rzeczywistości, maksymalnie zmniejszając wartość roboczogodziny.

Działanie wykonawcy doprowadziło do wyłonienia jego oferty, a co za tym idzie – uniemożliwiło wygraną przetargu wykonawcom podającym w swych ofertach ceny funkcjonujące w obrocie gospodarczym. Wykonawca Unizeto niewątpliwie utrudnił innym przedsiębiorcom uzyskanie zamówienia, w związku z czym zamawiający powinien w tym przypadku zastosować art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Nie może być bowiem akceptowana manipulacja wykonawcy ceną w celu uzyskania zamówienia, manipulacja skutkująca faktycznym wyeliminowaniem innych wykonawców z postępowania.

2. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający przeprowadził badanie oferty w sposób nieobiektywny i błędny, nadto interpretując wedle własnego uznania warunki udziału w postępowaniu.

Warunkiem udziału w postępowaniu było m.in. posiadanie wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali co najmniej trzy zakończone pozytywnie (rozumiane jako odbiór oprogramowania przez klienta) zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Za zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia zamawiający uważa, zamówienie spełniające m.in. poniższe warunki:

6.1.2.1 specyfikacji: co najmniej dwa z trzech zrealizowanych zamówień, w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł brutto każde. Na potwierdzenie spełniania tego warunku należało przedstawić wykaz zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówień zgodnie z warunkiem określonym w ust. 6.1.2 specyfikacji (zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do specyfikacji). Tak określony warunek udziału w postępowaniu – biorąc pod uwagę wykładnię treści specyfikacji – oznaczał, że dwa z trzech zamówień, miały mieć wartość 1,5 mln zł, a nie wartość samego systemu miała spełniać ten próg wartości.

Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień zwracał uwagę zamawiającemu na fakt, że warunek nie wskazywał pojmowania tego postanowienia, jaki prezentuje zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, tj.:

6.1.2.1 specyfikacji: co najmniej dwa z trzech zrealizowanych zamówień, w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, były o wartości co najmniej 1.500.000,00 zł brutto każde, odwołujący przedstawił wykaz usług, w którym udokumentował usługi i dostawy na kwoty, które odpowiadają postawionemu przez zamawiającego warunkowi tj. 1.500.000,00 zł.

Dowód: pismo przesłane zamawiającemu – odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełniania dokumentów (w aktach postępowania)

Odwołujący obszernie wyjaśnił zamawiającemu w treści złożonych wyjaśnień z 14 listopada 2011 r. powody, dla których uznał postawiony warunek przez zamawiającego jako spełniony przez co oferta odwołującego w jego przekonaniu nie powinna podlegać odrzuceniu.

Uzasadnienie odrzucenia oferty przez zamawiającego, w którym zamawiający przytoczył między innymi stwierdzenie: „Na obecnym etapie postępowania wykonawca ma obowiązek wykazania spełnienia wymagań ogłoszenia o zamówieniu, a próby nadinterpretacji postanowień specyfikacji uznaje się za niezasadne. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców wymaga przestrzegania wymagań podmiotowych ustalonych w ogłoszeniu i specyfikacji...” jest sprzeczny z art. 7 ust. 1 Pzp, który stanowi, że

„zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. Zamawiający sam dokonał naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez nadinterpretację własnego jasnego i klarownego postanowienia specyfikacji.

Tłumaczenie zamawiającego jakoby pozostali uczestnicy postępowania zrozumieli intencję zamawiającego nie może mieć wpływu na faktyczną treść warunku postawionego przez zamawiającego w specyfikacji. Wykładnia językowa ust. 6.1.2.1 specyfikacji nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych co do wymogu postawionego przez zamawiającego. Jeżeli językowe znaczenie tekstu jest jasne, to w myśl zasady „*Clara non sunt interpretanda*” nie ma potrzeby sięgać po inne, pozajęzykowe metody wykładni.

Odwołujący podnosi fakt, że zamawiający formułując wymóg w postępowaniu przetargowym nie określił, co rozumie pod pojęciem „system elektronicznego obiegu dokumentów”, tj. nie zdefiniował tego zwrotu w sposób odmienny niż zwyczajowo przyjęty dla potrzeb przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu w treści złożonych odpowiedzi z 14 listopada 2011 r. na to, że zamawiający formułując wymóg w postępowaniu nie zawarł ograniczenia usług czy dostaw, które nie zostaną przez zamawiającego zaliczone do „systemu elektronicznego obiegu dokumentów”, a w zakres taki zwyczajowo wchodzi:

- dostawy systemu,
- wdrożenie,
- szkolenia,
- licencji podstawowych systemu,
- licencji oprogramowania narzędziowego,
- dostawa licencji oprogramowania SDK,
- support techniczny i asysta serwisowa, która zazwyczaj znajduje się w cenie,
- wizyty serwisowe związane z asystą techniczną,
- sprzęt komputerowy będący platformą systemową do systemu EOD.

Nadto należy zauważyć, że przedmiot zamówienia pn.: „Usługa budowy, wdrożenia i dostosowania systemów informatycznych oraz budowa infrastruktury technicznej” obejmuje swoim zakresem dokładnie taki zakres, jaki prezentuje odwołujący, zatem traktowanie uznaniowe przez zamawiającego tego warunku w oderwaniu od przedmiotu zamówienia może służyć jedynie jako narzędzie do odrzucania ofert i wykluczania niektórych „niewygodnych” wykonawców.

Zamawiający zarzucił odwołującemu, że przedstawione referencje z Powiatu Lubańskiego nie spełniają wymagania postawionego przez zamawiającego. W ocenie odwołującego przedstawione referencje spełniają wymaganie zamawiającego, gdyż

wskazany projekt dotyczył realizacji zamówienia w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, a wartość zamówienia przekroczyła minimalne wymaganie zamawiającego, tj. 1.500.000 zł brutto. Odwołujący dodaje, że zamawiający błędnie identyfikuje wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów z tabeli. Odwołujący podając kwotę 640.502,38 zł określił wyłącznie wartość jednego ze składników systemu elektronicznego obiegu dokumentów, jakim jest wartość oprogramowania będącego jednym ze składników przedmiotowego zamówienia w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów.

Odwołujący podnosi również, że zamawiający – jak przytoczono poniżej w orzeczeniach KIO – nie może dowolnie interpretować postawionych przez siebie warunków i opierać swoich wniosków na niepełnej bądź sprzecznej interpretacji naruszającej interes prawny odwołującego. Zamawiający nie może traktować wypełnionej tabeli z załącznika nr 5 – Doświadczenie zawodowe – jako punktu dookreślającego i precyzującego wymóg zawarty w warunkach udziału w postępowaniu, na podstawie której wykonawcy muszą się domyślać „co zamawiający miał na myśli” żądając podania wartości „systemu elektronicznego obiegu dokumentów”.

Odwołujący wskazuje na szerokie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, które potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do dowolnej interpretacji postanowień specyfikacji, a co za tym idzie, dowolnego badania i oceny złożonych przez wykonawców ofert. Odwołujący wskazuje również, na wyrok Sądu Najwyższego z 11 kwietnia 2006 r., sygn. akt: I CSK 175/05, w którym Sąd Najwyższy orzekł, że „[w] wypadku gdy oświadczenie woli zostało – jak omawiane w rozpoznawanej sprawie – ujęte w formie pisemnej, czyli wyrażone w dokumentach, to sens tych oświadczeń ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentów, a przy ich interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym. Oznacza to, że teksty (...) interpretowane według reguł językowych stanowią podstawę do przypisania im takiego sensu, jaki jest określony w regułach językowych”.

W przedmiotowym postępowaniu, tekst ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odnosi się do systemu elektronicznego obiegu dokumentów, nie wskazując o jakie parametry systemu chodzi, a w szczególności nie odwołuje się do opisanych wyżej kryteriów przez sformułowanie np. „Za system elektronicznego obiegu dokumentów zamawiający uznaje licencję, wdrożenie itp..”..

Ponadto odwołujący wskazuje na wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 5 października 2009 r., sygn. akt IX Ca 661/09, w którym sąd ten orzekł, że stosując kombinowaną metodę oświadczenia woli należy mieć na względzie, że „przeważa tu ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad rozumieniem nadawcy, on bowiem formułuje oświadczenie woli i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodne z jego wolą zrozumiane przez odbiorcę. [...] Wątpliwości interpretacyjne, nie dające się usunąć za pomocą ogólnych reguł

wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygane na niekorzyść strony, która zrehabilitowała tekst wywołujący wątpliwości (*in dubio contra proferentem*)". Zatem, to nie ewentualne oświadczenia zamawiającego o tym, w jaki sposób chciał sformułować warunek udziału w postępowaniu, lecz zrozumienie treści ogłoszenia przez adresata jest wiążące przy interpretacji tego oświadczenia woli.

Powyższe stanowisko jest zgodnie prezentowane zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo. Przykładowo odwołujący wskazuje, że „udostępnienie specyfikacji jest czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania” (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: Prawo zamówień publicznych; Komentarz, Warszawa (2007), str. 174-175). Z kolei Zespół Arbitrów w wyroku z 8 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-394/05, wskazał, że „wykonawca działając w zaufaniu do ustalonej przez zamawiającego treści Specyfikacji, nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbania zamawiającego” (patrz też: wyrok Zespołu Arbitrów z 15 stycznia 2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-10/07). W wyroku z 6 lipca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 770/09, Izba orzekła, że wykonawca „nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełnienia”.

Także późniejsze orzecznictwo KIO konsekwentnie podtrzymuje prezentowaną przez odwołującego argumentację. W wyroku z 19 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 158/10, Izba orzekła, że „przyjęcie zawężającej interpretacji warunku na etapie oceny ofert [...] stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ponadto, wykładnia treści warunku nie jest konieczna i nie jest uzasadniona wówczas, gdy warunek został jasno i jednoznacznie opisany w specyfikacji i ogłoszeniu”. W wyroku z 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 405/10, Izba kategorycznie stwierdziła, że „brak jednoznaczności postanowień specyfikacji nie może obciążać wykonawców”. Izba podkreśla również, że „Zamawiający nie może też obowiązkowo sporządzenia oraz doprecyzowania postanowień specyfikacji przerzucać na wykonawców, twierdząc że w toku postępowania mają oni prawo zadawania pytań w przypadku zaistnienia wątpliwości co jej treści”. Także orzecznictwo sądów powszechnych zgodne jest z prezentowanymi powyżej wyrokami Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu, wskazujemy na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku sygn. akt XIX Ga 80/07, w którym Sąd orzekł, że okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy.

Nadto należy też podnieść, że odwołujący – po dokonanej analizie złożonych w czasie prowadzonej działalności ofert przetargowych stwierdza, że na ponad 150 złożonych ofert przetargowych w zakresie podobnym i ponad 100 uzyskanych zamówień publicznych –

pierwszy raz odwołujący spotkał się z sytuacją gdy z nieznanых powodów wbrew treści ogłoszenia zamawiający dokonuje takiej celowej interpretacji celowo narażając na szkodę odwołującego.

3. Niezgodności harmonogramu realizacji zamówienia z treścią specyfikacji

Takie samo stanowisko należy przytoczyć odnosząc się do twierdzeń zamawiającego, że na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp jest on uprawniony do zatrzymania wadium w związku z tym, że wykonawca jakoby nie zadeklarował w harmonogramie realizacji zadań prac w ramach Zadania VI związanych ze stworzeniem środowiska szkoleniowego na sprzęcie w infrastrukturze teleinformatycznej zamawiającego. Z wyraźnego brzmienia przepisów w tym zakresie, a także z orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że harmonogramy, kosztorysy i inne tego typu dokumenty nie stanowią dokumentów w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp. Również rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) mogą być składane nie obejmuje swym zakresem harmonogramów, kosztorysów, itp.

Harmonogram realizacji zadań nie mógł być przedmiotem wezwania sformułowanego wobec wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a co za tym idzie – jego ewentualne niezuzupełnienie (co dodatkowo nie miało miejsca w omawianym stanie faktycznym) w żadnym razie nie może być przyczyną zatrzymania wadium w trybie art. 46 ust. 4a Pzp, gdyż przepis ten wyraźnie odwołuje się do dokumentów lub oświadczeń wyłącznie określonych w art. 25 ust. 1 Pzp. Powyższy pogląd został potwierdzony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 8 marca 2010 r. (sygn.: KIO/UZP 51/10), gdzie orzeczono, że: „Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie uzasadnia wezwania do uzupełnienia tylko części dokumentów, jeżeli ich uzupełnienie nie może doprowadzić do potwierdzenia spełnienia wszystkich wymagań specyfikacji. Jeżeli wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest dokonane w sposób nieprawidłowy i niezasadniony, zamawiający nie ma podstaw do zastosowania przepisu art. 46 ust. 4a Pzp, gdyż stosowania tego przepisu nie uzasadnia sam fakt dokonania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp i braku uzupełnienia ww. dokumentów”.

Zestawienie wyposażenia i oprogramowania nie stanowi oświadczenia lub dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp, lecz opis oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, a zatem treść oferty. Z uwagi na powyższe, zatrzymanie wadium ze względu na ewentualne niezuzupełnienie harmonogramu realizacji zadań jest działaniem całkowicie bezprawnym. Konkludując, wykluczenie odwołującego było pozbawione jakichkolwiek podstaw z uwagi na fakt, iż, z przyczyn opisanych powyżej, jego oferta była w pełni prawidłowa.

Harmonogram na etapie badania ofert nie stanowi jakiegokolwiek przesłanki w aspekcie procedury oceny i wyboru oferty, gdyż jakiegokolwiek przesunięcia terminowe związane chociażby z przedłużającym się terminem wyboru oferty (np. złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej), a w konsekwencji podpisania umowy – czynią każdy z harmonogramów niezgodny z realnymi datami. W sytuacji gdy zamawiający błędnie uznał, że oferta odwołującego zawiera błąd, wobec którego jego oferta jest nieważna i winna podlegać odrzuceniu, tym samym zamawiający nie powinien był wzywać takiego wykonawcy do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie to może jedynie świadczyć bądź o rażącej błędnej wykładni i niewłaściwym zastosowaniu przepisów prawa lub też ewentualnie, co gorsze, o celowym i niezgodnym z prawem działaniem zamawiającego zmierzającym w konsekwencji do bezprawnego zastosowania dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp.

6 grudnia 2011 r. pismem przesłanym faksem, zamawiający poinformował odwołującego, że występuje do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO HESTIA SA Przedstawicielstwo Korporacyjne w Gdańsku o zapłatę kwoty wadium określonej w specyfikacji na rachunek zamawiającego. Dla odwołującego jest to tym bardziej niezrozumiałe, że zamawiający podał nieprawdziwą i bezpodstawną argumentację, która brzmiała:

„Dodatkowo wskazać należy, że w związku z nieuzupełnieniem przez wykonawcę brakującej dokumentacji stosownie do wezwania opartego na podstawie materialno-prawnej art. 26 ust. 3 Pzp aktualizuje się uprawnienie zamawiającego określone w art. 46 ust. 4a Pzp, to jest zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, gdyż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Podkreślenia wymaga, że wykonawca nie udowodnił, że nie złożenie w terminie wymaganych dokumentów nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie”.

Odwołującego oburza fakt i zastanawia jaki cel posiadał zamawiający – poruszający się w granicach prawa, posiadający niezbitę dowody, którymi dysponuje również odwołujący, że skierował on do gwaranta niezgodne z prawdą oświadczenie wraz z uzasadnieniem. Złożony wcześniej dowód – jednoznacznie potwierdza fakt złożenia przez odwołującego w terminie wskazanym przez zamawiającego odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów.

Działanie zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium złożonego przez odwołującego w analizowanym stanie faktycznym stanowiło rażące naruszenie przepisów prawa.

Art. 46 ust. 4a Pzp dotyczy takiej sytuacji, gdy dany wykonawca nie składa dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Utrwalone orzecznictwo i doktryna wskazują jednoznacznie na fakt, że art. 46 ust. 4a Pzp nie dotyczy sytuacji, gdy wykonawca

składa dokumenty, ale czyni to niewłaściwie bądź dokumenty te nie potwierdzają danego warunku. Uznaje się, że „w przepisie art. 46 ust. 4a Pzp chodzi o brak „fizyczny” dokumentu lub oświadczenia, a zatem znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy wezwany do uzupełnienia dokumentu wykonawca w ogóle nie złoży go zamawiającemu. Dyspozycja tego przepisu nie zostaje zaś wypełniona w przypadku, gdy w wyniku wezwania zostanie złożony dokument, który jednak nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu” (I. Skubiszak-Kalinowska, Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, przesłanki do zatrzymania wadium, *Zamówienia Publiczne Doradca* 2009/8/52). Z kolei, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 21 maja 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 590/09 stwierdzono, że „zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego w ogóle nie uzupełni dokumentu. Natomiast formalne uzupełnienie dokumentu, pomimo że może on nie potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie daje zamawiającemu prawnej możliwości zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp”. (analogicznie wyrok KIO z 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 220/09, wyrok KIO z 16 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1530/08) w myśl którego, co również popiera Krajowa Izba Odwoławcza chodzi o brak „fizyczny” dokumentu lub oświadczenia, tzn. nie uzupełnienie, a nie także brak w rozumieniu złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Inne rozumienie tego zagadnienia w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wynika m.in. z faktu, że inne są przesłanki w tym przepisie, jak również inny był cel jego wprowadzenia. Odmienne rozumienie art. 46 ust. 4a Pzp doprowadziłoby do sytuacji tego rodzaju, że przy każdej niejasności lub braku precyzji w specyfikacji, czy też w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający mógłby zatrzymać wadium. Przyjmuje się powszechnie, że utratą wadium sankcjonowana jest bierność wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a z biernością nie mamy do czynienia w sytuacjach, gdy wykonawca uzupełnił dokumenty na żądanie zamawiającego (por. wyroki KIO wydane w sprawach o sygnaturach akt: KIO/UZP 2805/10, KIO/UZP 2810/10, KIO/UZP 2810/10 czy KIO/UZP 309/10).

Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO/UZP 465/11) wskazała m.in., że „Przepis art. 46 ust. 4a Pzp, ma charakter restrykcyjny, określa sankcję wobec wykonawcy w postaci zatrzymania wadium, co nie pozwala na wykładnię rozszerzającą przesłanek zatrzymania wadium. Przesłankę zatrzymania wadium stanowi jedynie nie złożenie wymaganych dokumentów. Przesłanki tej [zatrzymania wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp] nie wyczerpuje złożenie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy”.

Przytoczone powyżej orzeczenie akcentuje też konieczność zastosowania wykładni celowościowej, a nie tylko literalnej analizowanego przepisu stanowiąc, że „celem

wprowadzenia przepisu art. 46 ust. 4a Pzp było wyłącznie zapobieżenie znowom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów, podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego warunku, czy też wymogu nie spełnili”.

Wykładni art. 46 ust. 4a Pzp dokonał również Sąd Powszechny, a konkretnie Sąd Apelacyjny w Poznaniu, który w wyroku z 20 maja 2010 r. (w sprawie o sygn. akt. I ACa 357/10) stwierdził, że „z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie [fizycznie] nie uzupełni dokumentów [oświadczeń, pełnomocnictw]” i dalej, że „podstawa do zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę” oraz „sankcja zatrzymania wadium z pewnością nie dotyczy sytuacji w której wykonawca odpowiada na wezwania bez zbędnej zwłoki i składa wymagane dokumenty z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami opóźnieniem. Przedmiotowa sankcja nie dotyczy również sytuacji, w której sama czynność uzupełnienia dokumentów dotknięta jest dalszymi brakami formalnymi. Niedopuszczalna jest interpretacja prowadząca do sytuacji, w której każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego prawa do zatrzymania wadium. Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa czyniąc z praktyki zatrzymania wadium wykonawców niejako dodatkowe źródło dochodu”.

W uzasadnionej ocenie odwołującego, zwłaszcza w świetle przytoczonych wyżej orzeczeń i poglądów doktryny, nie ulega wątpliwości, że art. 46 ust. 4a Pzp nie dotyczy sytuacji, gdy wykonawca składa dokumenty, ale czyni to niewłaściwie bądź dokumenty te nie potwierdzają danego warunku.

Dla skutecznego uzupełnienia braków w ofercie, czy złożenia wyjaśnień, nie ma znaczenia ocena uzupełnienia lub wyjaśnień dokonywana przez zamawiającego, a jedynie fakt zrealizowania przez wykonawcę czynności uzupełniających lub wyjaśniających. Tym samym ewentualny brak uznania przez zamawiającego wyjaśnień za słuszne, czy też ich błędna interpretacja, nie może być w żadnym razie utożsamiany z uzasadniającym – w myśl art. 46 ust. 4a Pzp – zatrzymanie wadium nie złożeniem dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. Art. 46 ust. 4a Pzp ma zastosowanie tylko i wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca całkowicie nie złoży dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw lub gdy dokonane przez niego uzupełnienie będzie miało na celu jedynie dopełnienie pewnych formalności, a dokumenty, oświadczenia lub pełnomocnictwa nie będą miały żadnego związku z danym postępowaniem w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, co nie miało miejsca w przedmiotowym przypadku.

Z przytoczonej powyżej argumentacji jednoznacznie wynika, że art. 46 ust. 4a Pzp, jako przepis o charakterze sankcyjnym, powinien być interpretowany ściśle i stosowany tylko i wyłącznie w przypadku niezłożenia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw określonych ustawie, na co zresztą wskazuje wykładnia gramatyczna tego przepisu. Zastosowanie art. 46 ust. 4a Pzp wobec wykonawcy i wystąpienie do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna o zapłatę wadium na rzecz zamawiającego stanowiło rażące naruszenie prawa zamówień publicznych.

4. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Unizeto i LTC Sp. z o.o.

Zamawiający podczas badania oferty wykonawcy Unizeto oraz wykonawcy LTC Sp. z o.o. przeoczył (lub co gorsza celowo pominął) podstawowy aspekt techniczny oferty skutkujący natychmiastowym odrzuceniem oferty, a mianowicie ww. wykonawca zaoferował w swojej ofercie bazę danych (RBD) Microsoft SQL Server Enterprise Edition 2008R2 – niezgodną z wymaganiami ogłoszenia i specyfikacji.

Baza zaoferowana przez ww. wykonawców – działa jedynie na systemie operacyjnym Windows w wersji Enterprise, Datacenter, Standard i WEB.

Wykonawca Unizeto w pkt 11 tabeli na stronie 25 oferty zamieścił link do strony producenta jakoby wskazujący na potwierdzenie posiadania tych funkcjonalności naruszając poniższe postanowienie:

Lp.	Nazwa elementu, parametru lub cechy	Szczegółowy opis wymagań
1	Przechowywanie danych	System RBD powinien pozwalać na kompresję kopii zapasowej danych (<i>backup</i>) od razu w czasie jej tworzenia. Powinna to być cecha RBD niezależna od systemu operacyjnego ani od sprzętowego rozwiązania archiwizacji danych.

Identyczna sytuacja ma miejsce w przypadku wykonawcy LTC, który w tabeli na stronie 5 oferty wykonawcy (pkt 11) zapisał identycznie.

Mając na uwadze, że ww. baza danych jest zależna od systemu operacyjnego i działa jedynie i wyłącznie na serwerach działających pod kontrolą systemu operacyjnego Windows odwołujący wnosi jak na wstępie o odrzucenie tych ofert, jako niezgodnych z specyfikacji.

Dodatkowo odwołujący podnosi, że wykonawca LTC udzielając nieprawdziwych wyjaśnień (pismo z 11 października 2011 r.), tj. wskazując, że nie istnieje oficjalna specyfikacja dostępna na stronie producenta IBM. Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienie wykonawcy LTC jest nieprawdziwe. Zamawiający dał wiarę takiemu tłumaczeniu pomimo tego że prawdopodobnie inni wykonawcy złożyli taką specyfikację wraz z ofertą – odwołujący zawarł te specyfikacje począwszy od strony 342 swojej oferty.

Dowód: Wyjaśnienia udzielone przez LTC zamawiającemu.

5. Oferty ww. wykonawców wobec ich niezgodności z treścią specyfikacji powinny być odrzucone przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie wskazuje na naruszenie również art. 7 ust. 1 Pzp.

Dotyczy postępowania o sygn. akt KIO 2692/11

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Rodan Systems SA – lider, ul. Puławska 465, 02-844 Warszawa, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych SA, ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli 16 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie od podjętych przez zamawiającego:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) czynności wykluczenia wykonawcy Rodan;
- 3) czynności zatrzymania wadium złożonego przez wykonawcę Rodan;
- 4) zaniechania wezwania wykonawcy Unizeto do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie wykazania spełniania warunku posiadanego doświadczenia, względnie zaniechania wykluczenia wykonawcy Unizeto niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 5) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto sprzecznej z treścią specyfikacji, której to oferty złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a która zawiera rażąco niską cenę; względnie zaniechania wezwania wykonawcy Unizeto do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 6) zaniechania wezwania wykonawcy LTC do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie wykazania spełniania kryterium posiadanego doświadczenia, względnie zaniechania wykluczenia wykonawcy LTC niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz składającego w ofercie nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, polegające na wykluczeniu wykonawcy Rodan mimo braku prawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentacji lub złożenia wyjaśnień oraz w sytuacji, gdy odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

- 2) art. 46 ust. 4a Pzp polegające na zatrzymaniu wadium złożonego przez wykonawcę Rodan bez zaistnienia podstaw do takiej czynności;
- 3) art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, polegający na zaniechaniu wezwania wykonawców Unizeto oraz LTC do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, względnie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców składających nieprawdziwe informacje i nie wykazujących spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 oraz 4 Pzp w związku z art. 90 Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (względnie zaniechaniu wezwania do wyjaśnienia ceny) oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) a także sprzecznej z treścią specyfikacji;
- 6) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem wyżej przywołanych przepisów.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego;
- 4) unieważnienia czynności zatrzymania wadium złożonego przez odwołującego;
- 5) wykluczenia wykonawcy Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, względnie wezwania wykonawcy Unizeto do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz dokonania uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a w sytuacji, gdy powyższe czynności nie potwierdzą spełniania warunku udziału w postępowaniu, nakazanie wykluczenia wykonawcy Unizeto;
- 6) wykluczenia wykonawcy LTC na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, względnie wezwania wykonawcy LTC do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz do dokonania uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a w sytuacji, gdy powyższe czynności nie potwierdzą spełniania warunku udziału w postępowaniu, nakazanie wykluczenia wykonawcy LTC [?];
- 7) odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2-4 Pzp w związku z art. 90 Pzp, względnie wezwania wykonawcy Unizeto do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 8) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Ponadto odwołujący wnosi o dopuszczenie dowodów i świadków powołanych w treści uzasadnienia a także zasądzenia kosztów postępowania zgodnie ze spisem kosztów złożonym na rozprawie.

Argumentacja odwołującego

Interes odwołującego został naruszony przez zamawiającego, ponieważ oferta odwołującego może być uznana za ofertę najkorzystniejszą wg podanego kryterium oceny ofert (oferta odwołującego pod względem kryterium ceny jest w trzeciej kolejności, ale w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto biorąc pod uwagę dodatkowo kryterium wymagań niekrytycznych oferta odwołującego jest najkorzystniejsza). W wyniku wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Unizeto, odwołującego pozbawiono możliwości uzyskania zamówienia. Oznacza to, że odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych może ponieść szkodę.

Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez:

- I) wykluczenie odwołującego z postępowania mimo braku prawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentacji lub złożenia wyjaśnień oraz w sytuacji, gdy odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- II) zatrzymanie wadium złożonego przez odwołującego;
- III) zaniechanie wykluczenia Unizeto i odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto;
- IV) zaniechanie wykluczenia wykonawcy LTC;
- V) zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty wykonawcy Unizeto.

I. WYKLUCZENIE ODWOŁUJĄCEGO

1. Wykluczenie odwołującego

Wbrew sugestii wynikającej z zawiadomienia o wyniku postępowania 2 listopada 2011 r. zamawiający skierował do odwołującego dwa pisma:

1) wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia w ofercie odwołującego informacji stanowiących informację przedsiębiorstwa oraz

2) wezwanie do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz o wyjaśnienie dokumentów składających się na ofertę;

Pierwsze z tych pism dotarło do osoby merytorycznie zajmującej się przygotowaniem odpowiedzi dla zamawiającego 2 listopada 2011 r. i odpowiedź na to wezwanie zamawiającego została złożona 8 listopada 2011 r. o 9:51.

Pismo zamawiającego z 2 listopada 2011 r. zawierające wezwanie do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz o wyjaśnienie dokumentów składających się na ofertę z przyczyn technicznych, o których szerzej poniżej, nie zostało doręczone p. Krzysztofowi H., pracownikowi Rodan Systems SA odpowiedzialnemu za kontakty z zamawiającym (jego adres poczty elektronicznej został wskazany w treści oferty złożonej przez odwołującego jako adres do kontaktów z zamawiającym).

O fakcie dodatkowego wezwania odwołującego p. Krzysztof H. uzyskał informację w drodze telefonicznej od pracownika zamawiającego p. Anny K., wskazanej w treści pkt 8.6 specyfikacji, jako osoby upoważnionej do udzielania informacji w sprawie procedury postępowania, 8 listopada 2011 r. już po 12:00. Następnie, o 13:06, pani Anna K. przesłała panu Krzysztofowi H. pocztą elektroniczną, na jego prośbę, treść wezwania zamawiającego wraz z potwierdzeniem odbioru wezwania przez pracownicę sekretariatu wykonawcy Rodan 2 listopada 2011 r. Niezwłocznie odwołujący zwrócił się do zamawiającego o prolongatę terminu do złożenia odpowiedzi (pismo odwołującego wpłynęło do zamawiającego o 14:30). Pisma stanowiące odpowiedź odwołującego wpłynęły do zamawiającego 9 i 10 listopada 2011 r. (data wpływu oryginałów pism do zamawiającego to odpowiednio 10 i 14 listopada 2011 r.). Pismo z 10 listopada 2011 r. zostanie złożone na rozprawie jako dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dowód: pisma z 9 listopada 2011 r. zawierające prezentatę Urzędu Marszałkowskiego z datą 10 listopada 2011 – załącznik nr 1;

Z powyższego wynika, że nie jest prawdziwa informacja zawarta w treści zawiadomienia o wyniku postępowania, że odwołujący „nie uzupełnił, ani nie wyjaśnił dokumentów, o jakich mowa w pkt II-X wezwania”.

Już *post factum* p. Krzysztof H. podjął czynności w celu wyjaśnienia, dlaczego treść wezwania do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz o wyjaśnienie dokumentów składających się na ofertę z 2 listopada 2011 r. nie została mu przekazana. Na skutek tych czynności okazało się, że oba pisma doręczone przez zamawiającego faksem do sekretariatu wykonawcy Rodan zostało, zgodnie z przyjętymi u wykonawcy Rodan i do tej pory działającymi bez zastrzeżeń, zasadami postępowania zeskanowane a następnie przesłane na adres poczty elektronicznej p. Krzysztofa H. Drugie pismo jednak nie trafiło do skrzynki odbiorczej p. Krzysztofa H. a do skrzynki zawierającej spam („wiadomości-śmieci”).

Dowód: oświadczenie p. Krzysztofa H. – załącznik nr 2; przesłuchanie p. Krzysztofa H. na rozprawie na okoliczności dotyczące braku otrzymania przez niego pisma zawierającego

wezwania do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz o wyjaśnienie dokumentów składających się na ofertę.

W konsekwencji na skutek błędu technicznego odwołujący nie mógł złożyć odpowiedzi na wezwanie zamawiającego we wskazanym przez zamawiającego terminie, a taką odpowiedź złożył niezwłocznie (w terminie 2 dni) od faktycznego uzyskania wiadomości o tym wezwaniu.

W takim stanie rzeczy zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. Ta czynność zamawiającego jest bezzasadna z następujących powodów:

1) zamawiający powinien był przedłużyć termin na złożenie odpowiedzi po uzyskaniu informacji o przyczynach opóźnienia, względnie uwzględnić wyjaśnienia złożone w piśmie z 9 listopada 2011 r., a ponadto

2) odwołujący złożył już z ofertą dokument (certyfikat ubezpieczeniowy) potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

3) zamawiający nie sformułował wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wystarczająco precyzyjnie.

Sugestia zamawiającego o istnieniu podstaw do odrzucenia oferty odwołującego nie jest trafna, gdyż samo wezwanie do wyjaśnienia treści oferty oraz uzupełnienia braków było bezzasadne w świetle treści specyfikacji oraz złożonej oferty.

Z powyższego opisu stanu faktycznego wynika, że przyczyna opóźnienia miała charakter techniczny.

Odwołujący nie zgadza się z poglądem zamawiającego, że w przypadku takiego opóźnienia zamawiający musi bezwzględnie wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu. Przesłanką wykluczenia wykonawcy jest, stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, niewykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający może dokonać prolongaty terminu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, a taka czynność podlega ocenie w świetle art. 7 ust. 1 Pzp. Zasada równego traktowania wykonawców nie stoi jednak na przeszkodzie uwzględnieniu wniosku o prolongatę terminu, jeżeli przyczyny opóźnienia są uzasadnione. Zamawiający mając informację o błędzie technicznym nie podjął żadnych starań w celu dalszego wyjaśnienia przyczyn opóźnienia odwołującego, a już tego samego dnia (8 listopada 2011 r.) kategorycznie oświadczył, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu.

Jakkolwiek z treści zawiadomienia z 6 grudnia 2011 r. nie wynika, którego warunku udziału w postępowaniu nie spełnił odwołujący. Z analizy wezwania z 2 listopada 2011 r. można wnioskować, że podstawą wykluczenia odwołującego było nie złożenie przez niego polisy potwierdzającej, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w

zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę ubezpieczenia nie mniejszą niż 4.000.000 zł.

Odwołujący załączył do oferty certyfikat, spełniający wymagania specyfikacji, wystawiony przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA z 3 sierpnia 2008 r. a następnie wyjaśnił pismem z 9 listopada 2011 r., że certyfikat ten jest jedynym dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia. Potwierdza to również pismo STU Ergo Hestia SA z 9 grudnia 2011 r., zgodnie z którym użyte w certyfikacie określenie „potwierdzonej polisą 280000011749” wynika jedynie z konieczności nadania numeru umowie ubezpieczenia, zaś do tej umowy „nie była wystawiana odrębna polisa ubezpieczenia, ponieważ nie ma takiej potrzeby”. Bezsprzecznie odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Dowód: pismo STU Ergo Hestia SA z 9 grudnia 2011 r. – załącznik nr 3.

W piśmie z 2 listopada 2011 r. zatytułowanym wezwaniem do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz o wyjaśnienie dokumentów składających się na ofertę zamawiający wskazał, jako podstawę prawną tego wezwania kumulatywnie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp. Tę samą podstawę prawną zamawiający wskazał w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego (str. 7 zawiadomienia o wyniku postępowania). W dalszej części pisma z 2 listopada 2011 r. przy poszczególnych kwestiach, które zdaniem zamawiającego wymagały odniesienia się przez odwołującego, nie była wskazywana podstawa prawna wezwania. Tymczasem taki sposób sformułowania wezwania jest zdaniem odwołującego niedopuszczalny. Ustawa wiąże różne skutki prawne z niedochowaniem przez wykonawców obowiązków określonych wezwaniem zamawiającego opartymi na różnych podstawach prawnych. Chociażby kwestia zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp uzależniona jest od niezłożenia dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, a nie złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp jest bez znaczenia dla zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium.

Ponadto nieuzasadnione są twierdzenia zamawiającego, że oferta złożona przez wykonawcę była sprzeczna z treścią specyfikacji. Szczegółowo odwołujący odniósł się do poszczególnych punktów II-X wezwania z 2 listopada 2011 r. w swoim piśmie z 10 listopada 2011 r., jednakże z uwagi na charakter odwołania niezbędne jest ich powtórne przytoczenie.

2. Wezwanie do złożenia wyjaśnień licencji na dostarczany System EOD

Pojęcie nazwanych użytkowników w terminologii systemów informatycznych w sposób oczywisty odnosi się do użytkowników jednoczesnych.

W piśmie z 10 listopada 2011 r. odwołujący podniósł, że dostarczy wszystkie niezbędne do pracy Systemu EOD licencje dla 850 aktywnych, nazwanych użytkowników

zarejestrowanych w systemie, przy czym lista zarejestrowanych może być większa niż aktywnych.

3. Wezwanie do uzupełnienia braków odnośnie numerów produktu sprzętu

Załączony do oferty wykaz sprzętu umożliwiał weryfikację, czy sprzęt ten spełnia wymagania specyfikacji (przez odesłanie do specyfikacji technicznej). Niemniej jednak przy piśmie z 10 listopada 2011 r. odwołujący załączył do każdego zaoferowanego w ofercie elementu sprzętowego jego part numer – umożliwiający jego jednoznaczną identyfikację.

4. Wezwanie do przedstawienia wyników testu SPECint_rate_base2006 dla oferowanego procesora w ramach konfiguracji typu blade

Wezwanie zamawiającego było bezprzedmiotowe, albowiem zgodnie z wymogiem pkt 2.1 Załącznika nr Ic do specyfikacji zamawiający wymagał dostarczenia serwera typu blade z zainstalowanymi 2 procesorami sześciordzeniowymi 64 bitowymi. Prędkość taktowania procesora minimum 3,33 GHz, z rozszerzeniem 64 bitowym, np. procesor Intel Xeon X5680 lub równoważny osiągający wynik 350 pkt w konfiguracji dwuprocessorowej w teście SPECint_rate_base2006. Odwołujący zaoferował serwer wyposażony w procesor Intel Xeon X5680, w konsekwencji żądanie protokołu dla tego procesora (wskazanego przez zamawiającego jako referencyjny) było pozbawione zasadności.

Niemniej jednak przy piśmie z 10 listopada 2011 r. Odwołujący załączył wyniki testu SPECint_rate_base2006 dla oferowanego procesora w ramach konfiguracji typu blade.

5. Wezwanie do uzupełnienia braków odnośnie dokumentacji wydanej przez producenta sprzętu

W treści złożonej oferty odwołujący wskazał linki do specyfikacji producenta zgodnie z wymogiem punktu 2.1 Załącznika nr Ic do specyfikacji. W świetle tego postanowienia wykonawca powinien dołączyć do oferty Specyfikację techniczną oferowanego rozwiązania wydaną przez producenta urządzenia potwierdzającą spełnienie stawianych wymagań. Wykonawca ma podać w ofercie adres strony www producenta sprzętu, na której jest dostępna specyfikacja techniczna (dopuszcza się dokumenty w języku angielskim). Treść tego punktu nie została zmieniona mimo odpowiedzi na pytanie 167 (nie nastąpiła zmiana specyfikacji). Z brzmienia tego punktu nie wynika obowiązek dostarczenia specyfikacji w formie fizycznej, a analiza zdania drugiego wręcz sugeruje, że sposobem dołączenia do oferty tej specyfikacji jest wskazanie w treści tej oferty linku do strony internetowej producenta.

Niemniej jednak przy piśmie z 10 listopada 2011 r. odwołujący załączył specyfikację techniczną oferowanych urządzeń w formie fizycznej.

6. Wezwanie do opisanego wykorzystanego w ofercie mechanizmu wysokiej dostępności środowiska wirtualnego

Odwołujący opisał ten mechanizm na str. 129-131 oferty. Niemniej jednak w piśmie z 10 listopada 2011 r. Odwołujący jedynie dodatkowo rozszerzył ten opis.

7-9. Wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości, że oferowany sprzęt objęty jest gwarancją spełniającą wymagania odpowiednich postanowień specyfikacji, wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości, że licencje na systemy operacyjne Typ I i Typ II spełniają wymagania odpowiednich postanowień specyfikacji oraz wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości, że licencje na wszystkie elementy wdrażanych systemów udzielane są bezterminowo i zgodnie z warunkami opisanymi w Załączniku nr 1 do specyfikacji pkt 8.12.2. (pytania 7-9 w piśmie zamawiającego z 2 listopada 2011 r.)

Odwołujący w treści złożonej oferty (przez uznanie wzoru umowy) oświadczył, że dostawa przez wykonawcę sprzętu i oprogramowania (systemowego, bazodanowego, narzędziowego) będzie spełniała wymagania opisane w Załączniku nr 1c do specyfikacji (punkt 3.3.1 wzoru umowy).

Dodatkowo w piśmie z 10 listopada 2011 r. odwołujący potwierdził wyraźnie wszystkie te okoliczności.

10. Wezwanie do wyjaśnienia wątpliwości odnośnie przedstawionego harmonogramu realizacji zadań

Do oferty został załączony szczegółowy harmonogram realizacji zamówienia. Jak wskazano w piśmie z 10 listopada 2011 r. zakończenie etapu II Zadania VI było określone na 26 lutego 2013 r., stąd bez wątpienia oferta potwierdzała, że realizacja tego zadania odbędzie się w terminie nie dłuższym niż do 28 lutego 2013 r.

II. ZATRZYMANIE WADIUM

Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Czynność zamawiającego zatrzymania wadium przez odwołującego była wadliwa z następujących przyczyn:

- 1) odwołujący nie został prawidłowo wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;

- 2) zatrzymanie wadium powinno być stosowane jedynie w wyjątkowych przypadkach, które nie zaistniały;
- 3) odwołujący złożył odpowiedź na wezwanie zamawiającego, stąd nie są aktualne przesłanki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium.

Odwołujący nie był prawidłowo wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła w wyroku z 16 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1530/08), że precyzyjne określenie żądania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp obciąża zamawiającego. Brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Z treści pisma zamawiającego z 2 listopada 2011 r. nie wynika w jakim zakresie żądania zamawiającego były oparte na art. 26 ust. 3 Pzp, a w jakim na pozostałych wskazanych w tym piśmie podstawach prawnych, tj. art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że art. 46 ust. 4a Pzp, z uwagi na jego restrykcyjny charakter, powinien być interpretowany w sposób ścisły (tak wyroki KIO z 16 stycznia 2009 r. KIO/UZP 1530/08 oraz z 9 marca 2009 r., znak: KIO/UZP 220/09).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że według uzasadnienia z 24 kwietnia 2008 r. do projektu ustawy z 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), uregulowanie zaproponowane w art. 46 ust. 4a Pzp ma na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu może powodować, że zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę. Wykonawcy ci mogą celowo składać oferty bez wymaganych dokumentów, a następnie po zapoznaniu się z ofertami konkurentów bez poniesienia konsekwencji wycofać się z postępowania, podlegając jedynie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Celem regulacji zawartej w art. 46 ust. 4a Pzp jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W wyroku z 24 sierpnia 2011 r. (KIO 1714/11) Izba badała, czy uzupełnienie dokonane błędnie miało „obejść przepisy prawa, w szczególności przez znowę z innymi wykonawcami lub w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę z wyższą ceną, zwłaszcza że oferta odwołującego była trzecia w rankingu cenowym. Tym samym Izba uznała, że nie zachodzi przesłanka do zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a Pzp. Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 20 maja 2010 r. (I ACa 357/10)

wskazano, że nie można „na skutek rozszerzającej wykładni omawianego przepisu uznać, że sankcja zatrzymania wadium dotyczy także sytuacji, w której wykonawca złożył dokument z nieznacznym, usprawiedliwionym obiektywnymi okolicznościami, opóźnieniem albo złożył dokument, ale w nieodpowiedniej formie. Sankcja zatrzymania wadium aktualizuje się dopiero wówczas, gdy wykonawca zachowuje się w sposób niedbały, to jest przykładowo: mimo wezwania w ogóle nie składa dokumentów, oświadczeń, pełnomocnictw (tak: wyrok KIO z 27 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 488/09). Na niedopuszczalność rozszerzającej wykładni cytowanego przepisu wskazała Krajowa Izba Odwoławcza także w wyroku z 8 marca 2010 r., KIO/UZP 51/10, KIO/UZP 89/10).

Biorąc pod uwagę jedynie kryterium cenowe oferta złożona przez odwołującego znalazła się na trzecim miejscu. Gdyby zamiarem odwołującego było obejście prawa (np. na skutek zмовy z innymi oferentami), a nie wygranie przetargu oferta złożona przez odwołującego musiałaby przewidywać znacznie niższe ceny. Odwołujący wiedząc, że jest na trzecim miejscu pod względem cenowym nie miał potencjalnie żadnego ukrytego interesu, aby zaniechać udzielenia odpowiedzi w terminie na wezwanie zamawiającego. Brak tej odpowiedzi w terminie wyznaczonym przez zamawiającego wynikał wyłącznie z niefortunnnych okoliczności o charakterze technicznym.

Biorąc pod uwagę wskazany powyżej obowiązek ścisłej wykładni art. 46 ust. 4a Pzp obejmuje, w świetle wykładni literalnej, zakresem swojej hipotezy jedynie sytuację, w której wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie składa dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a nie obejmuje sytuacji złożenia tych dokumentów lub oświadczeń już po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego. Innymi słowy dla oceny możliwości zatrzymania wadium przesądzające jest, czy do momentu podjęcia takiej decyzji przez zamawiającego wykonawca uzupełnił dokumenty, czy też to uzupełnienie nastąpiło później (niezależnie od przyczyn opóźnienia). Odwołujący złożył w całości wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego 10 listopada 2011 r., a więc przed dokonaniem czynności zatrzymania wadium.

III. OFERTA UNIZETO

III. 1. WYKLUCZENIE UNIZETO

Stosownie do punktu 6.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający wymagał, w ramach warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, aby wykonawcy zrealizowali co najmniej trzy zakończone pozytywnie (rozumiane jako odbiór oprogramowania przez klienta) zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Za zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia zamawiający uznał zamówienia spełniające łącznie poniższe warunki:

- 1) minimum dwa z trzech zrealizowanych zamówień, w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, były o wartości co najmniej 1.500.000,00 PLN brutto każde;
- 2) minimum jedno z trzech zrealizowanych zamówień wdrożono w strukturze organizacyjnej, gdzie liczba użytkowników jednocześnie korzystających z systemu elektronicznego obiegu dokumentów wynosi co najmniej 300 lub równoważnie 900 nazwanych;
- 3) system elektronicznego obiegu dokumentów wykonany w takiej samej technologii jak oferowany (pod pojęciem technologii zamawiający rozumie np.: NET, J2EE itp.);
- 4) wdrożenie systemu elektronicznego obiegu dokumentów obejmujące swoim zakresem co najmniej następujące funkcje/moduły:
 - a) obsługę korespondencji przychodzącej i wychodzącej,
 - b) rejestry dokumentów i spraw,
 - c) obsługę skanowania i OCR dokumentów,
 - d) obsługę szablonów dokumentów,
 - e) obsługę kodów kreskowych,
 - f) obsługę dekretacji,
 - g) obsługę podpisu elektronicznego,
 - h) tworzenie automatycznych ścieżek przepływu (Workflow),
 - i) wyszukiwanie pełno tekstowe,
 - j) raportowanie,
 - k) zarządzanie użytkownikami i funkcjami systemu,
 - l) tworzenie i zarządzanie słownikami systemu;
- 5) wdrożenie systemu elektronicznego obiegu dokumentów obejmujące swoim zakresem organizację wielu oddziałową o wielu lokalizacjach, połączoną siecią rozległą (np. WAN, Internet);
- 6) aplikację zbudowaną w technologii webowej, działającą w przeglądarce internetowej;
- 7) aplikację zintegrowaną z usługami katalogowymi (np. ActiveDirectory).

Wykonawca Unizeto złożył przy ofercie trzy dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym:

- 1) referencje wystawione przez Starostwo Powiatowe w Łukowie z 4 marca 2011 r.;
- 2) protokół odbioru końcowego z 10 maja 2011 r. dotyczący realizacji zamówienia w Powiecie Hrubieszowskim.

Z referencji wystawionych przez Starostwo Powiatowe w Łukowie wynika, że wdrożenie systemu obiegu dokumentów było jedynie jednym z elementów zamówienia realizowanego przez Unizeto. Przedmiot tego zamówienia był znacznie szerszy niż wdrożenie systemu

elektronicznego obiegu dokumentami oraz obejmował także chociażby budowę instalacji okablowania strukturalnego i połączeń światłowodowych, dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że w przypadku wykazywania spełniania warunku doświadczenia przez odniesienie do realizacji wcześniejszego zamówienia o zakresie szerszym niż wskazany w treści warunku należy brać pod uwagę jedynie wartość tej części wcześniej realizowanego zamówienia, która odpowiada treści warunku wskazanego w ogłoszeniu. Wartość całego zamówienia wynosiła 5.440.003,09 PLN brutto, co potwierdzają załączone referencje. Jednakże referencje te nie potwierdzają spełniania warunku realizacji zamówienia, w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, o wartości minimum 1.500.000,00 PLN brutto (nie wskazują one wartości zamówienia w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów). Biorąc pod uwagę, że przedstawione referencje nie stanowiły dowodu na spełnienie warunku posiadanego doświadczenia, a wynikał z nich znacznie szerszy przedmiot zamówienia niż sprowadzający się do wykonania systemu elektronicznego obiegu dokumentów. Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę Unizeto do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz w przypadku gdyby wyjaśnienia nie miały potwierdzać spełnienia warunku do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W treści oferty wykonawca Unizeto złożył oświadczenie (karta 24 oferty), że wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów w zamówieniu realizowanym dla Powiatu Łukowskiego przekroczyła 1.500.000,00 PLN. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że ta informacja jest nieprawdziwa.

Oświadczenie złożone w ofercie wykonawcy Unizeto było w konsekwencji nieprawdziwe, a więc zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podobnie należy ocenić wykazanie przez wykonawcę Unizeto warunków udziału w postępowaniu przez złożenie protokołu odbioru końcowego z 10 maja 2011 r. dotyczącego realizacji zamówienia w Powiecie Hrubieszowskim. Również w tym przypadku stworzenie systemu elektronicznego obiegu dokumentami było jedynie fragmentem przedmiotu zamówienia udzielonego na rzecz wykonawcy Unizeto. Wykonawca Unizeto złożył oświadczenie (k. 23 oferty), że wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów w zamówieniu realizowanym dla Powiatu Hrubieszowskiego przekroczyła kwotę 1.500.000,00 PLN. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że ta informacja jest nieprawdziwa.

Dokumenty złożone przez wykonawcę Unizeto nie potwierdzają spełnienia wymaganych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie kryterium posiadania wiedzy i doświadczenia. Zdaniem odwołującego oświadczenia złożone przez wykonawcę

Unizeto (k. 23 i k. 24 oferty) co do wartości zrealizowanych systemów elektronicznego obiegu dokumentami w poprzednich zamówieniach były zawyżone, a w konsekwencji nieprawdziwe, stąd odwołujący w pierwszej kolejności wnosi o nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcę Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jedynie ewentualnie, w razie nieuwzględnienia tego żądania, o nakazanie zamawiającemu wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

III. 2. ODRZUCENIE OFERTY WYKONAWCY UNIZETO

Oferta złożona przez wykonawcę Unizeto powinna być odrzucona, gdyż:

- 1) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, że zaproponowana przez wykonawcę Unizeto stawka roboczogodziny została skalkulowana w sposób oczywisty poniżej kosztów własnych wykonawcy Unizeto, co w konsekwencji spowodowało, że jest to oferta z rażąco niską ceną;
- 2) treść tej oferty jest sprzeczna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z pkt 14.1.3 specyfikacji jednym z kryteriów oceny ofert jest koszt roboczogodziny (w ramach Usług Rozwoju Systemów, zasilania Treściami cyfrowymi (dla systemów wdrożonych w ramach Zadań II-VI Zamówienia) oraz Integracji Systemu EOD z obecnymi systemami zamawiającego. Kryterium to było punktowane przez zamawiającego maksymalnie 10 pkt. Kryterium to jest oceniane niezależnie od kryterium ceny (*vide*: 14.1 specyfikacji). Zgodnie z treścią specyfikacji za kryterium ceny zamawiający przyznawał maksymalnie 36 punktów, a za kryterium kosztu roboczogodziny 10 punktów. Koszt roboczogodziny wskazany w ofercie nie został ukształtowany jako element jednego kryterium ceny, stąd też nieuczciwe zaniżenie tego kosztu ma istotne znaczenie. Ponieważ cena roboczogodziny nie ma charakteru kryterium jakościowego uznać należy, że ma charakter ceny w rozumieniu art. 2 pkt 5 Pzp (najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia).

W ofercie złożonej przez wykonawcę Unizeto zaproponowana stawka roboczogodziny wyniosła 1 zł plus 0,23 zł VAT (str. 4 oferty wykonawcy Unizeto). W sposób oczywisty kwota ta nie pokrywa kosztów związanych z zapewnieniem usługi zamawiającemu. Oferty pozostałych wykonawców opiewały na kwoty rzędu 11, 12,60, 10 zł netto (oferta odwołującego) a nawet 75 zł netto (oferta wykonawcy WASKO SA). Oferty trzech wykonawców są cenowo zbliżone (w okolicach kwoty 10 zł netto).

Kwota 1 zł netto w sposób oczywisty nie koreluje z wysokością minimalnego wynagrodzenia określonego w ustawie z 10 października 2002 r. o minimalnym

wynagrodzeniu za pracę. Nawet gdyby czynności te nie były realizowane przez wykonawcę Unizeto, a przez osoby zatrudnione na podstawie umowy zlecenia, stawka 1 zł w sposób oczywisty i wynikający z zasad doświadczenia życiowego nie mogłaby być stawką będącą ustaloną na poziomie zapewniającym co najmniej pokrycie kosztów wykonawcy Unizeto.

W świetle art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Cel eliminacji innych wykonawców jest oczywisty. Przez zastosowanie tak niskiej stawki roboczogodziny wykonawca Unizeto dążył do uzyskania maksymalnej punktacji za kryterium kosztu roboczogodziny, a w konsekwencji na skutek zastosowania nieuczciwej ceny wyeliminowania pozostałych wykonawców z udziału w postępowaniu.

Stawka roboczogodziny wskazana w ofercie wykonawcy Unizeto ma charakter nie tylko ceny dumpingowej, ale również ceny rażąco niskiej. Jak wynika z ustalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości (np. wyrok KIO 2782/2010). Jak wynika z:

1) porównania stawki zaproponowanej przez wykonawcę Unizeto ze stawkami pozostałych oferentów;

2) porównania stawki zaproponowanej przez wykonawcę Unizeto z poziomem minimalnego wynagrodzenia ustawowego

– stawka za jedną godzinę pracy wykwalifikowanego pracownika na poziomie 1 zł netto musi być uznana za rażąco niską.

Warto również zauważyć, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Unizeto do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W przekonaniu odwołującego takie wezwanie o tyle nie było niezbędne, że zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty z uwagi na art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W sytuacji jednakże, gdy zamawiający nie podzielał oceny, że złożenie oferty przez wykonawcę Unizeto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji był zobowiązany do wezwania wykonawcy Unizeto do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Ponadto odwołujący zauważa, że zgodnie z punktem 8.4.5 załącznika nr 1 do specyfikacji: Symantec Backup Exec [N] „Systemy muszą umożliwiać dokonywanie backupu wszystkich danych za pośrednictwem klienta oprogramowania do backupu Symantec Backup Exec. Zamówienie odpowiedniej liczby licencji klienckich umożliwiające dostęp do konkretnych systemów leży w gestii wykonawcy”. Z treści oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto nie wynika, aby wykonawca ten ujął w swojej ofercie ww. licencje, a zatem w tym zakresie treść oferty wykonawcy Unizeto nie odpowiada treści specyfikacji, co stanowi przesłankę jej odrzucenia.

IV. OFERTA LTC

Analiza treści oferty wykonawcy LTC wskazuje na istotne wątpliwości w zakresie wykazania przez wykonawcę spełniania warunku posiadanego doświadczenia. Zamawiający szczegółowo opisał sposób oceny spełniania warunku doświadczenia.

Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawca LTC załączył do oferty wykaz oraz referencje (częściowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). W jawnej części oferty wykonawcy LTC powołał się m.in. na realizację zamówienia pn. Budowa Platformy e-Uслуг Publicznych oraz baz danych systemu obiegu dokumentów dla Urzędu Miasta Opole i 70 jednostek na zlecenie Fundacji Informatyki i Zarządzania w Łodzi.

Odwołujący zwrócił się do Fundacji Informatyki i Zarządzania w Łodzi z prośbą o potwierdzenie zawartych w ofercie informacji i uzyskał sprzeczne informacje – dwa oświadczenia o odmiennej treści. W tym stanie rzeczy koniecznym staje się wyjaśnienie zakresu i wartości realizowanych w ramach projektu Budowa Platformy e-Uслуг Publicznych oraz baz danych systemu obiegu dokumentów dla Urzędu Miasta Opole i 70 jednostek przez wykonawcę LTC zadań.

Nadto, na odrębną analizę zasługuje czy „budowa baz danych systemu obiegu dokumentów” odpowiada opisanemu bardzo precyzyjnie przez zamawiającego warunkowi (pkt 6.1.2 specyfikacji).

Dotyczy postępowania o sygn. akt KIO 2693/11

Wykonawca LTC, al. Narutowicza 2, 98-300 Wieluń, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Unizeto jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca Unizeto powinien zostać wykluczony, a oferta wykonawcy Unizeto powinna zostać odrzucona;

- 2) zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że treść oferty wykonawcy Unizeto nie odpowiada treści specyfikacji;
- 3) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Unizeto z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na to, że złożenie oferty przez wykonawcę Unizeto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 6) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie wniesienia wadium;
- 7) zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto, pomimo że treść oferty wykonawcy Unizeto nie odpowiada treści specyfikacji;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unizeto z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto, pomimo że złożenie oferty przez wykonawcę Unizeto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unizeto z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unizeto z uwagi na niewniesienie wadium;
- 6) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy wykonawca Unizeto powinien zostać wykluczony, a oferta wykonawcy Unizeto powinna zostać odrzucona, a także przez

zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego – z uwagi, że odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Unizeto jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że treść oferty wykonawcy Unizeto nie odpowiada treści specyfikacji;
- 4) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Unizeto z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania;
- 5) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Unizeto na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, z uwagi na to, że złożenie oferty przez Unizeto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 6) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 7) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na niewniesienie wadium;
- 8) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

6 grudnia 2011 r. odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o wyniku postępowania. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Unizeto jako oferty najkorzystniejszej. Na drugim miejscu uplasowała się oferta odwołującego.

Wykonawca Unizeto powinien zostać wykluczony, a oferta wykonawcy Unizeto powinna zostać odrzucona. Jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego.

I. Treść oferty wykonawcy Unizeto nie odpowiada treści specyfikacji. Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik

prowadzonego postępowania – w zakresie wymagań niekrytycznych spełnionych na dzień składania oferty.

W pkt 14 specyfikacji zamawiający określił „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert”. Zgodnie z pkt 14.1.2 jednym z postawionych kryteriów (Pfo) zostały „Wymagania niekrytyczne spełnione na dzień składania oferty – maksymalnie 50 pkt przy czym zamawiający wskazał, że chodzi o sumę punktów za wymagania niekrytyczne punktowane (Załącznik nr 11 do specyfikacji), które wykonawca wskazał jako spełnione przez oferowane systemy na dzień składania ofert”.

W załączniku nr 11 do specyfikacji zamawiający wskazał w tabeli funkcjonalności, liczbę punktów możliwych do uzyskania w przypadku, gdy oferowany system posiada daną funkcjonalność, opis sposobu realizacji w oferowanym systemie („wypełnia wykonawca”) oraz numer strony oferty (w szczególności dokumentacji oferowanego systemu lub innego dokumentu), na której znajduje się potwierdzenie spełnienia wymagania („wypełnia wykonawca”). Zamawiający wskazał na pierwszej stronie powyższego załącznika, że chodzi o „Opis sposobu realizacji przez wykonawcę wybranych wymagań niekrytycznych punktowanych [NP] w oferowanym Systemie EOD. Oferowany system może spełniać poniższe wymagania na dzień składania ofert. Spełnienie określonego wymagania oznacza przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert”.

W pkt 7.15 specyfikacji zamawiający zastrzegł sobie „prawo do weryfikacji informacji zawartych w dokumentach przedstawionych przez wykonawcę”, w pkt 7.16 „prawo żądania od wykonawcy dostarczenia testowej wersji oferowanych Systemów w celu zweryfikowania spełnienia wszystkich wymagań krytycznych i wymagań niekrytycznych wymienionych w Załącznikach nr 10 i 11 do specyfikacji. W zakresie wymagań niekrytycznych będą weryfikowane tylko te, które wykonawca określił w ofercie jako spełnione przez oferowane Systemy”.

Zgodnie z pkt 7.17 specyfikacji „Wykonawca, do którego zamawiający zwróci się z prośbą o dostarczenie do siedziby zamawiającego wersji testowej Systemów i zaprezentowanie spełnienia wymagań, o których mowa w punkcie 7.15 specyfikacji, zobowiązany będzie do przeprowadzenia prezentacji w terminie 5 dni od dnia przesłania mu pisemnego zapotrzebowania. Terminowe przeprowadzenie prezentacji jest istotnym warunkiem zamówienia. W prezentacji musi uczestniczyć przedstawiciel wykonawcy uprawniony do działania w imieniu i na rzecz wykonawcy.

Zgodnie z pkt 7.18 specyfikacji „Dostarczona wersja testowa Systemów musi być w pełni zgodna z ofertą”.

W pkt 7.19 specyfikacji zamawiający określił procedurę prezentacji, w szczególności wymagając:

„7.19.2) prezentacja przez przedstawicieli wykonawcy kolejno wszystkich wymagań, o których mowa w pkt 7.15 specyfikacji na sprzęcie wykonawcy;

7.19.3) ocena spełnienia przez oferowane Systemy każdego z wymagań będzie realizowana w systemie Tak/Nie (spełnione/niespełnione), przy czym niepełna realizacja wymagania oznacza Nie (niespełnione);

7.19.4) z przebiegu prezentacji sporządzony zostanie protokół weryfikacji wymagań, którego wzór stanowi Załącznik nr 9 do specyfikacji”.

Z treści powyższych postanowień wynika, że zamawiający postawił kryterium oceny ofert dotyczące liczby punktów za wymagania niekrytyczne, które wykonawca oznaczył jako spełnione na odpowiednim formularzu stanowiącym załącznik do oferty (załącznik nr 11 do specyfikacji – zestawienie wymagań niekrytycznych”). Przy czym zamawiający zastrzegając sobie zgodnie z pkt 7.16 specyfikacji „prawo żądania od wykonawcy dostarczenia testowej wersji oferowanych Systemów w celu zweryfikowania spełnienia wszystkich wymagań krytycznych i wymagań niekrytycznych” jasno postanowił, że zgodnie z pkt 7.18 specyfikacji „Dostarczona wersja testowa Systemów musi być w pełni zgodna z ofertą”.

Wykonawca Unizeto w swojej ofercie (str. 4) pkt 8 oświadczył, że „ilość punktów (Pfr) zgodnie z kryterium wymagań niekrytycznych spełnionych na dzień składania ofert wynosi 48 szt.”. W informacji z otwarcia ofert, jak i protokołu z postępowania (rubryka 9 zestawienie ofert) oraz zawiadomienia o wyniku postępowania (tabela pierwsza na str. 1-2 pisma) zamawiający wskazał, że wykonawca Unizeto zadeklarował funkcjonalności za 48 punktów. Jednakże z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty („uzasadnienie wyboru” – tabela druga pisma str. 2) wynika, że w kryterium funkcjonalności niekrytyczne, oferta wykonawcy Unizeto uzyskała 43 punkty.

Oferta wykonawcy Unizeto powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść oferty wykonawcy Unizeto nie odpowiada treści specyfikacji. W trakcie postępowania zgodnie z pkt 7.16 specyfikacji, wykonawca Unizeto dostarczył testową wersję oferowanych Systemów „w celu zweryfikowania spełnienia wszystkich wymagań krytycznych i wymagań niekrytycznych” jednakże sprzecznie z pkt 7.18 specyfikacji, dostarczona przez wykonawcę Unizeto wersja testowa Systemów nie była w pełni zgodna z ofertą.

Naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unizeto z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Informacje zawarte w ofercie złożonej przez wykonawcę Unizeto odnośnie spełniania wymagań niekrytycznych były w części nieprawdziwe.

Wykonawca Unizeto złożył informacje mające świadczyć o spełnieniu przez niego wymagań niekrytycznych mając na celu uzyskanie jak najwyższej liczby punktów w postawionym przez zamawiającego kryterium. Wykonawca Unizeto nie wiedział ile ofert

zostanie złożonych i przedstawił nieprawdziwe informacje mające zwiększyć jego szanse na wybór oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp (odpowiednik obecnego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp), „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy 2) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. W pierwotnym brzmieniu przesłanką wykluczenia wykonawcy na tej podstawie mogło być tylko istnienie rzeczywistego wpływu nieprawdziwej informacji na wynik postępowania. 22 grudnia 2009 roku jednak przepis ten otrzymał brzmienie nadane ustawą z 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), zgodnie z którym „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy 3) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzanego postępowania”. Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy także w przypadku podania przez niego nieprawdziwych informacji, które tylko potencjalnie mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest konieczne wykazanie, że nieprawdziwa informacja rzeczywiście wpłynęła na wynik prowadzonego postępowania na co wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrok z 2 lutego 2011 roku, sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11.

Podane przez wykonawcę Unizeto informacje w wypełnionym „Zestawieniu wymagań niekrytycznych” mają znaczenie z punktu widzenia przyjętych w postępowaniu kryteriów decydujących o otrzymanej punktacji i wyborze oferty. Należy stwierdzić co najmniej ich potencjalny wpływ na wynik postępowania, ponieważ miały na celu zwiększenie prawdopodobieństwa wyboru oferty.

II. Złożenie oferty przez wykonawcę Unizeto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z pkt 13.4 specyfikacji w „ofercie cenowej” należało podać: „odrębnie:

13.4.1) łączną cenę za realizację przedmiotu zamówienia (Zadania od I do VII) wraz z kosztami Usług Rozwoju Systemu, zasilania Treściami cyfrowymi, integracji Systemu EOD z obecnymi systemami Urzędu Marszałkowskiego z limitem łącznie do 10 000 roboczogodzin,

13.4.2) koszt jednej roboczogodziny (w ramach Usług Rozwoju Systemów, zasilania Treściami cyfrowymi (dla systemów wdrożonych w ramach Zadań II-VI) oraz integracji Systemu EOD z obecnymi systemami Urzędu Marszałkowskiego;

13.4.3) koszt licencji zewnętrznych (w ramach: Platformy ESP, Platformy BIP, Platformy EOD).

W pkt 14 specyfikacji zamawiający określił „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert”. Zgodnie z pkt 14.1.3 jednym z postawionych kryteriów (Prb) zostały „Koszt roboczogodziny (w ramach Usług Rozwoju Systemów, zasilenia Treściami cyfrowymi (dla systemów wdrożonych w ramach Zadań II-VI Zamówienia) oraz integracji Systemu EOD z obecnymi systemami Urzędu Marszałkowskiego) – maksymalnie 10 pkt”, przy czym zamawiający wskazał wzór obliczenia punktów w tym kryterium.

Wykonawcę Unizeto w swojej ofercie (str. 3 i 4) w formularzu oferty pkt 4 oświadczył, że „koszt jednej roboczogodziny (w ramach Usług Rozwoju Systemów, zasilenia Treściami cyfrowymi (dla systemów wdrożonych w ramach Zadań II-VI Zamówienia) oraz integracji Systemu EOD z obecnymi systemami Urzędu Marszałkowskiego) ”wynosi netto: 1,00 PLN (słownie: jeden złoty zero groszy) + wartość podatku VAT: 0,23 PLN (słownie: zero złotych dwadzieścia trzy grosze), co daje łącznie brutto: (...) 1,23 PLN (słownie: jeden złoty dwadzieścia trzy grosze)”.

Należy stwierdzić, że oferta wykonawcy Unizeto powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określono, że w szczególności „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.

Złożenie oferty wykonawcą Unizeto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferując 1,23 PLN brutto jako koszt jednej roboczogodziny w ramach Usług Rozwoju, zasilania Treściami cyfrowymi, integracji Systemu EOD z obecnymi systemami Urzędu Marszałkowskiego, wykonawca Unizeto utrudnia innym przedsiębiorcom swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie zamówienia. Takie działanie prowadzi również do naruszenia zasad uczciwego postępowania. Zasady doświadczenia życiowego, jak również *ratio legis* podawania kosztów roboczogodziny na tego typu przedmiot zamówienia nakazuje sądzić, że jedynym powodem tak niskiej kwoty była chęć uzyskania maksymalnej liczby punktów za to kryterium oceny ofert, a nie rzeczywista wartość tych kosztów.

Rzeczywiste koszty roboczogodziny są zupełnie inne aniżeli wskazane w ofercie dla zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę Unizeto. Należy podkreślić, że praktycznie wszyscy inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu o

udzielenie zamówienia oszacowali ten koszt na poziomie ok. 10 krotnie wyższym niż podał wykonawca Unizeto. Dysonans pomiędzy tymi wielkościami jest zbyt duży. Ponadto oferowany przez wykonawcę Unizeto „koszt roboczogodziny” stoi w sprzeczności z wymaganiami dotyczącymi minimalnego poziomu wynagrodzenia za pracę. Pojęcie kosztu roboczogodziny, zgodnie z wykładnią językową, odnosi się do kosztu jednej godziny pracy. Oczywistym jest, że w przypadku usług Rozwoju, zasilania Treściami cyfrowymi, integracji Systemu EOD z obecnymi systemami Urzędu Marszałkowskiego jest to rozumiane jako koszt jednej godziny pracy pracownika. Potwierdzeniem takiego rozumowania są ustandaryzowane i powszechnie obowiązujące zasady związane z kosztorysowaniem usług stosowane przy robotach budowlanych. Natomiast koszt godziny pracy jednej osoby, zgodnie z wymogami obowiązującego prawa nie może być niższy niż wymagania wynikające z rozporządzenia regulującego minimalny poziom wynagrodzenia. Zgodnie z § 1 obecnie obowiązującego Rozporządzenia Rady Ministrów z 5 października 2010 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2011 r., od dnia 1 stycznia 2011 r. minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone zostało na kwotę w wysokości 1 386 PLN. Biorąc pod uwagę obowiązujące normy czasu pracy kwota 1,23 PLN brutto jako koszt jednej roboczogodziny nie zapewnia pracownikowi minimalnego wynagrodzenia.

Jedynym możliwym uzasadnieniem zastosowania takiego kosztu roboczogodziny jest chęć bezprawnego wyeliminowania innych firm z rynku. Pociągnąć to za sobą może niewątpliwe ryzyko dla zamawiającego, ponieważ taki wykonawca będzie starać się uniknąć realizacji prac za tak niskie stawki.

III. Niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z pkt 6.1.2 specyfikacji zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: „posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali co najmniej trzy zakończone pozytywnie (rozumiane jako odbiór oprogramowania przez klienta) zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi Zamówienia. Za zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia zamawiający będzie uważać zamówienie spełniające łącznie poniższe warunki:

6.1.2.1) co najmniej dwa z trzech zrealizowanych zamówień, w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, były o wartości co najmniej 1.500.000,00 PLN brutto każde;

6.1.2.2) co najmniej jedno z trzech zrealizowanych zamówień wdrożono w strukturze organizacyjnej, gdzie liczba użytkowników jednocześnie korzystających z systemu

elektronicznego obiegu dokumentów wynosi co najmniej 300 lub równoważnie 900 nazwanych;

6.1.2.3) system elektronicznego obiegu dokumentów wykonany w takiej samej technologii jak oferowany (pod pojęciem technologii zamawiający rozumie np.: NET, J2EE itp.);

6.1.2.4) wdrożenie systemu elektronicznego obiegu dokumentów obejmujące swoim zakresem co najmniej następujące funkcje/moduły:

6.1.2.4.1) obsługę korespondencji przychodzącej i wychodzącej,

6.1.2.4.2) rejestry dokumentów i spraw,

6.1.2.4.3) obsługę skanowania i OCR dokumentów,

6.1.2.4.4) obsługę szablonów dokumentów,

6.1.2.4.5) obsługę kodów kreskowych,

6.1.2.4.6) obsługę dekretacji,

6.1.2.4.7) obsługę podpisu elektronicznego,

6.1.2.4.8) tworzenie automatycznych ścieżek przepływu (Workflow),

6.1.2.4.9) wyszukiwanie pełnotekstowe,

6.1.2.4.10) raportowanie,

6.1.2.4.11) zarządzanie użytkownikami i funkcjami systemu,

6.1.2.4.12) tworzenie i zarządzanie słownikami systemu,

6.1.2.5) wdrożenie systemu elektronicznego obiegu dokumentów obejmujące swoim zakresem organizacją wielooddziałową o wielu lokalizacjach, połączoną siecią rozległą (np. WAN, Internet);

6.1.2.6) aplikacją zbudowaną w technologii webowej, działającą w przeglądarce internetowej;

6.1.2.7) aplikacją zintegrowaną z usługami katalogowymi (np. ActiveDirectory)".

Zgodnie z pkt 7.1.11 specyfikacji wraz z ofertą należało złożyć wykaz zrealizowanych zamówień zgodnie z warunkiem określonym w pkt 6.1.2 specyfikacji zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do specyfikacji. Zamawiający postanowił, że „Do każdego zamówienia wymienionego w wykazie należy podać: przedmiot zamówienia (obejmujący informacje wskazujące na spełnienie wymagań pkt 6.1.2 specyfikacji w tym m. in. informacje takie jak: nazwa i wersja systemu, wdrożone moduły, liczba użytkowników systemu (nazwanych lub równoczesnych), wartość zamówienia brutto oraz wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów, datą rozpoczęcia i pozytywnego zakończenia wdrożenia i odbiorców (wraz z ich danymi kontaktowymi)".

W przedstawionym przez wykonawcę Unizeto wykazie zrealizowanych zamówień przedstawione zostały trzy zamówienia: poz. 1 – zamówienie zrealizowane dla Lubuskiego

Urzędu Wojewódzkiego, poz. 2 – zamówienie zrealizowane dla Starostwa Powiatowego w Hrubieszowie, poz. 3 – zamówienie zrealizowane dla Starostwa Powiatowego w Łukowie.

Jednym z postawionych warunków (w ramach warunku posiadania wiedzy i doświadczenia) było to, aby zgodnie z pkt 6.1.2.1 specyfikacji „co najmniej dwa z trzech zrealizowanych zamówień, w zakresie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, były o wartości co najmniej 1500.000,00 PLN (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych) brutto każde”.

Z treści wykazu zrealizowanych zamówień wynika, że zamówienie z poz. 1 – zrealizowane dla Lubuskiego Urzędu Wojewódzkiego – nie spełnia wymogu wartości systemu elektronicznego obiegu dokumentów (wymaganej zgodnie z pkt 6.1.2.1 na co najmniej 1.500.000,00 PLN), ponieważ podana została wartość 596.531,20 PLN.

W wykazie zrealizowanych zamówień jako zamówienia (co najmniej dwa wymagane zgodnie z pkt 6.1.2.1) mające spełniać wymóg wartości systemu elektronicznego obiegu dokumentów (wymaganej zgodnie z pkt 6.1.2.1 na co najmniej 1.500.000,00 PLN), zostały przez wykonawcę Unizeto wskazane zamówienia z poz. 2 – zamówienie zrealizowane dla Starostwa Powiatowego w Hrubieszowie oraz poz. 3 – zamówienie zrealizowane dla Starostwa Powiatowego w Łukowie.

Odnosnie do zamówienia z poz. 2 – zamówienie zrealizowane dla Starostwa Powiatowego w Hrubieszowie – wykonawca Unizeto podał, że „wartość zamówienia brutto” to 4.924.199,38, z czego „wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów” to „ponad 1.500.000,00 PLN”.

Odnosnie do zamówienia z poz. 3 – zamówienie zrealizowane dla Starostwa Powiatowego w Łukowie – wykonawca Unizeto podał, że „wartość zamówienia brutto” to 5.440.003,09 PLN, z czego „wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów” to „ponad 1.500.000,00 PLN”

Podane przez wykonawcę Unizeto, w poz. 2 i poz. 3 wykazu, informacje na temat „wartości systemu elektronicznego obiegu dokumentów” są nieprawdziwe. Faktyczna „wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów” w każdym z tych zamówień nie przekraczała wymaganej zgodnie z pkt 6.1.2.1 wartości 1.500.000,00 PLN. Wykonawca Unizeto złożył nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca Unizeto złożył informacje mające świadczyć o spełnieniu przez niego warunków wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy doskonale wiedział, że w rzeczywistości warunków tych nie spełnia.

Wykonawca Unizeto powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp tj. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W ocenie odwołującego każda ze złożonych przez wykonawcę Unizeto nieprawdziwych informacji zarówno odnośnie do poz. 2 jak i poz. 3 wykazu zamówień to informacja mająca wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wymagane było wykazanie się co najmniej dwoma zamówieniami spełniającymi wymóg wartości zgodnie z pkt 6.1.2.1, więc już chociażby nieuwzględnienie choćby jednego z zamówień z poz. 2 czy poz. 3, powodowałoby negatywną ocenę spełniania przez wykonawcę Unizeto postawionego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający ma również obowiązek wykluczenia wykonawcy także w przypadku podania przez niego nieprawdziwych informacji, które tylko potencjalnie mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest konieczne wykazanie, że nieprawdziwa informacja rzeczywiście wpłynęła na wynik prowadzonego postępowania, na co wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrok z 2 lutego 2011 roku, sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11.

Wykonawca Unizeto powinien zostać również wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp tj. z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ma jednak podstaw do zastosowania wobec oferty wykonawcy Unizeto trybu uzupełnień z art. 26 ust. 3 Pzp. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: przykładowo wyrok z 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1223/09 jak i wyrok z 5 lutego 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/09 oraz wyrok z 2 lutego 2011 roku, sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11.

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unizeto jest tym bardziej zaskakujące, że jak wynika z zawiadomienia o wyniku postępowania zamawiający wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Sprint SA i Madkom SA w oparciu o niespełnianie warunku wartości systemu elektronicznego obiegu dokumentów. Zamawiający wskazał przy tym, że jasne jest pojęcie „systemu elektronicznego obiegu dokumentów”.

IV. Niewniesienie wadium

Zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający zawarł w pkt 9 specyfikacji wymagania dotyczące wadium. W pkt 9.1 zamawiający postawił wymóg wniesienia wadium w wysokości 300.000,00 PLN. Jako jedną z dopuszczalnych form wniesienia wadium zamawiający określił w pkt 9.3.3 specyfikacji gwarancję bankową zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 3 Pzp. W pkt 9.9 specyfikacji zamawiający postanowił, że „gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa powinna być nieodwołalna i bezwarunkowa oraz płatna na pierwsze żądanie”. Zgodnie z pkt 9.7 specyfikacji „wadium wniesione w formie poręczenia, gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcą, zgodnie z pkt 9.18 specyfikacji”.

W pkt 9.18 zamawiający określił tak jak w art. 46 ust. 5 i ust. 4a Pzp, przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę.

Wykonawca Unizeto złożył w swojej ofercie (str. 32-33) bankową gwarancję wadialną, która jednak nie spełnia wymagań ustawy i specyfikacji. Gwarancja bankowa dołączona do oferty przez wykonawcę Unizeto nie spełnia wymagań wynikających z pkt 9.9 specyfikacji, („gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa powinna być nieodwołalna i bezwarunkowa oraz płatna na pierwsze żądanie”), ponieważ nie jest gwarancją na „pierwsze” żądanie. W treści gwarancji bankowej złożonej przez wykonawcę Unizeto brak sformułowania wskazującego na spełnienie tego wymagania. W treści gwarancji złożonej przez wykonawcę Unizeto Bank oświadczył, że zobowiązuje się do zapłacenia na „pisemne żądanie zapłaty”, jednakże nie oznacza to, że zapłaci na „pierwsze” bądź „każde” żądanie.

Z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 2 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 757/09) wynika, że wadium wówczas jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium w okolicznościach i w sposób opisany w specyfikacji. Ponadto w orzeczeniu tym stwierdzono, że „Gwarancji tej nie można nadać innej treści przez wyjaśnienia lub zeznania pracowników banku, czy przez jeszcze inną czynność”. Nie można dokonać zmiany gwarancji po otwarciu ofert (wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 868/08). Z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO/UZP 584/08 KIO/UZP 542/09 wynika natomiast, że zamawiający może formułować w specyfikacji oczekiwania co do treści gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych, a wymagania te winny być uwzględnione przez wykonawców przy zleceniu udzielenia gwarancji.

Gwarancja bankowa dołączona do oferty przez wykonawcę Unizeto nie gwarantuje również zamawiającemu możliwości żądania od Banku (gwaranta) zapłaty w każdym z przypadków wskazanych w pkt 9.18 specyfikacji oraz art. 46 ust. 5 i ust. 4a Pzp. Wykonawca Unizeto złożył gwarancję bankową, która wymienia przypadki, gdy „Wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 Pzp (...) tj. wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

lub

- 4) wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 4a Pzp (...) tj. jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 (...), nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 (...), lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że przypadki utraty wadium z art. 46 ust. 5 Pzp nie można traktować łącznie jako przypadek „niewywiązywania się z zobowiązań”. Powyższy przepis ustawy wymienia trzy różne przypadki, które nie muszą zajść łącznie. W każdym z tych przypadków gwarant powinien być zobowiązany do zapłaty, a nie jedynie w przypadku zajścia ich łącznie.

W treści gwarancji złożonej przez wykonawcę Unizeto brak jest sformułowań wskazujących na możliwość żądania zapłaty w każdym z przypadków wymienionych w art. 46 ust. 5 Pzp. Zatem gwarancja ta nie jest pełna i nie wyczerpuje wymogów określonych w specyfikacji. Sformułowanie banku co do zakresu udzielonej gwarancji jest sprzeczne z ustawą oraz specyfikacją.

Wadium ma na celu zabezpieczenie interesu beneficjenta w sposób jednoznaczny i bez żadnych wątpliwości. Wniesienie przez wykonawcę Unizeto wadium w postaci wadliwej gwarancji nie spełnia istotnych warunków określonych specyfikacji przez zamawiającego a także nie odpowiada normie wynikającej z przepisów prawa. Wadliwe wniesienie wadium utożsamiać należy z całkowitym jego brakiem. Wykonawca Unizeto powinien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na niewniesienie wadium.

Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza – pomimo że jest taką ofertą. Czynności i zaniechania zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie może osiągnąć korzyści (zysku), które odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Należy również stwierdzić, że wskazane naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp. Czynności i zaniechania zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Dotyczy postępowania o sygn. akt KIO 2696/11

Wykonawca Unizeto, ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70-486 Szczecin, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16 grudnia 2011 r. do Prezesa KIO odwołanie od:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawców Sprint i Madkom, w związku z faktem, że treść oferty tych wykonawców nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (specyfikacji) w zakresie niezgodności zaoferowanej

infrastruktury sprzętowej z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w załączniku nr Ic do specyfikacji w pkt 2 pn. „Serwery typu blade dedykowane do obudowy chassis blade określonej w pkt 1-20 szt.”;

- 2) odrzucenia oferty wykonawców Rodan i PWPW, w związku z faktem, że treść oferty tych wykonawców nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie niezgodności zaoferowanej infrastruktury sprzętowej – serwerów typu blade, z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w załączniku nr Ic do specyfikacji w pkt 2 pn. „Serwery typu blade dedykowane do obudowy chassis blade określonej w pkt 1-20 szt.”;
- 3) czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie funkcjonalności niekrytycznych punktowanych oferowanych przez odwołującego Systemów podczas prezentacji i wynikającym z tego zaniechaniu czynności przyznania odwołującemu liczby punktów wskazanych w ofercie i Załączniku nr 11 do specyfikacji;
- 4) zaniechaniu przyznania odwołującemu liczby punktów wskazanych z tytułu kryterium „Wymagania niekrytyczne spełnione na dzień składania oferty” w formularzu oferty i formularzu złożonym wg wzoru określonego w załączniku nr 11 do specyfikacji (uzasadnienie zostało wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 Pzp i wnosi o:

- 1) uznanie, że zamawiający dopuścił się zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Sprint i Konsorcjum Rodan w związku z faktem, że treść oferty Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji i wnosi o:
 - a) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Rodan w związku z faktem, że treść oferty Konsorcjum Rodan nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie niezgodności zaoferowanej infrastruktury sprzętowej z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w załączniku nr Ic do specyfikacji w pkt 2 pn. „Serwery typu blade dedykowane do obudowy chassis blade określonej w pkt 1-20 szt.”,
 - b) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Rodan w związku z faktem, że treść oferty Konsorcjum Rodan nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie niezgodności zaoferowanej infrastruktury sprzętowej z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w załączniku nr Ic do specyfikacji w pkt 2 pn. „Serwery typu blade dedykowane do obudowy chassis blade określonej w pkt 1-20 szt.”,
- 2) uznanie, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny funkcjonalności niekrytycznych punktowanych oferowanych przez odwołującego Systemów podczas prezentacji;

- 3) nakazanie zamawiającemu ponownej oceny oferty odwołującego i zmiany w liczbie przyznanych punktów odwołującemu z tytułu kryterium „Wymagania niekrytyczne punktowane spełnione na dzień składania oferty” w ten sposób, że za prawidłową i właściwą uznana zostanie wskazana w formularzu ofertowym oraz Załączniku nr 11 do specyfikacji, liczba 48 punktów.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący ma prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianej w art. 179 Pzp.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która decyzją zamawiającego (pismo z 6 grudnia 2011 r.) uznana została za najkorzystniejszą. Z pisma wynika, że zamawiający wykluczył Konsorcjum Sprint i Konsorcjum Rodan z postępowania oraz, że uznał, że oferty Konsorcjum Sprint i Konsorcjum Rodan podlegają odrzuceniu, jednak na podstawie innych okoliczności niż te, które podnosi odwołujący.

W przypadku, gdyby wykonawcy skorzystali z przysługujących im środków ochrony prawnej i w wyniku tych czynności zamawiający samodzielnie lub na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej cofnął decyzję o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu oferty wykonawców, to odwołujący nie miałby możliwości złożenia odwołania, z uwagi na fakt upłynięcia ustawowego terminu. W takim przypadku istniałoby ryzyko, że oferta odwołującego mogłaby nie zostać przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, a odwołujący mógłby nie osiągnąć korzyści, które zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Ponadto w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, odwołujący poniósł szkodę, bowiem w wyniku nieprawidłowej oceny funkcjonalności niekrytycznych punktowanych określonych w formularzu oferty i formularzu złożonym wg wzoru określonego w załączniku nr 11 do specyfikacji.

Wskazane naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

Odwołujący mógł uzyskać wiedzę o czynności odrzucenia oferty w 6 grudnia 2011 r., gdy informacja o rozstrzygnięciu postępowania (w tym o liczbie przyznanych punktów za funkcjonalności niekrytyczne) oraz wykluczeniu wykonawców z postępowania i odrzuceniu ofert, została umieszczona na stronie zamawiającego, a także przesłana odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej. Odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie.

Odwołujący dołączył szczegółowe uzasadnienie, które w części dotyczącej merytorycznej oceny prezentacji oferowanych przez odwołującego Systemów, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wnosi na podstawie art. 8 Pzp o nieujawnianie i niedostępnianie innym

podmiotom aniżeli strony postępowania odwoławczego (zamawiający i odwołujący) oraz ich ewentualnym pełnomocnikom, tej części odwołania jak i tej części dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które są informacjami lub dotyczą bezpośrednio informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Unizeto w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący do postępowania odwoławczego nie są stronami i wskazane dokumenty lub ich części nie powinny być im ujawniane, gdyż zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając na uwadze fakt, że jawność oferty odwołującego została w części, której dotyczy odwołanie, na etapie oferty zastrzeżona, a żaden z pozostałych wykonawców nie złożył w terminie odwołania w tej materii, zamawiający powinien dołożyć wszelkich starań i działań, aby informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa pozostały tajne i nie były powszechnie dostępne.

UZASADNIENIE

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 13 listopada 2011 r. Oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym odwołujący, Konsorcjum Sprint i Konsorcjum Rodan.

Zamawiający powiadomił 6 grudnia 2011 r. odwołującego o wyborze oferty oraz o wykluczeniu wykonawców z postępowania i odrzuceniu ofert.

Po analizie dostępnej dla odwołującego dokumentacji przetargowej, części jawnej ofert złożonych przez wykonawców oraz pisma zamawiającego z 6 grudnia 2011 r., odwołujący stwierdził, że zamawiający dopuścił się naruszenia ustawy, bowiem w przypadku ofert Konsorcjum Sprint i Konsorcjum Rodan, nie uwzględnił okoliczności, które to poza wymienionymi, jako podstawa do odrzucenia ofert w piśmie z 6 grudnia 2011 r., powinny zostać wykazane, jako niezgodność ofert ze specyfikacją i stanowić odrębną, niezależną od pozostałych przesłankę do odrzucenia ofert Konsorcjum Sprint i Konsorcjum Rodan w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Postępowanie jest zamówieniem złożonym z siedmiu elementów, które zamawiający określił w specyfikacji jako zadania:

Zadanie I – Infrastruktura techniczna

Zadanie II -Regionalny Biuletyn Informacji Publicznej (RBIP)

Zadanie III – Portal Regionalny i serwisy informacyjne (Portal)

Zadanie IV – Hurtownia danych i baza wiedzy o regionie (e-Region)

Zadanie V – Regionalna platforma komunikacji elektronicznej współpracująca z ePUAP (RPKE)

Zadanie VI – System elektronicznego obiegu dokumentów (System EOD) oraz platforma elektronicznego obiegu dokumentów dla mniejszych urzędów oraz jednostek

Zadanie VII – Szkolenia.

Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Sprint

Zastrzeżenia odwołującego w zakresie oferty Konsorcjum Sprint dotyczą Zadania I - Infrastruktury technicznej. Zamawiający w specyfikacji określił, że w ramach wykonania zamówienia wykonawcy zobowiązani będą do wykonania dostawy sprzętu i oprogramowania (systemowego, bazodanowego, narzędziowego) spełniającego wymagania opisane w Załączniku nr 1c do specyfikacji. Załącznik nr 1c do specyfikacji stanowi szczegółowy wykaz sprzętu i oprogramowania, których oczekuje zamawiający.

Wykonawcy składający oferty zobowiązani byli do złożenia, zgodnie z wymaganiem określonym w pkt 5.4 specyfikacji, w ofercie specyfikacji infrastruktury technicznej oferowanego rozwiązania, (dotyczy Zadania nr 1) potwierdzającą spełnienie stawianych wymagań. Załącznik nr 1c do specyfikacji precyzował wymaganie z części ogólnej specyfikacji, wskazując „Do obowiązków wykonawcy należy dostawa 20 serwerów typu Blade w dwóch obudowach (Chassis) z dwoma macierzami dyskowymi, biblioteki taśmowej, zasilacza awaryjnego UPS i oprogramowania o minimalnych wymaganiach określonych poniżej wraz z rozmieszczeniem ich we wskazanym przez zamawiającego miejscu w Szczecinie oraz wykonaniem wszystkich niezbędnych prac i usług instalacyjnych koniecznych by dostarczone urządzenia pracowały w środowisku zamawiającego”. Zamawiający określił także „Wymagania ogólne dla wszystkich elementów dostawy niniejszego zadania”, wskazując między innymi, że: „Wszystkie elementy dostawy powinny być jednoznacznie opisane w ofercie tj. zawierać odpowiednią nazwę części/elementu/licencji wraz numerem produktu umożliwiającym jednoznaczną identyfikację” oraz, że „Wykonawca powinien dołączyć do oferty Specyfikację techniczną oferowanego rozwiązania wydaną przez producenta urządzenia potwierdzającą spełnienie stawianych wymagań. Wykonawca ma podać w ofercie adres strony www producenta sprzętu, na której jest dostępna ww. specyfikacja techniczna (dopuszcza się dokumenty w języku angielskim)”. Wyżej wskazane wytyczne nakreśliły ramy, w jakich wykonawcy powinni przygotować dokument „Specyfikacja infrastruktury technicznej oferowanego rozwiązania”.

Zdaniem odwołującego Konsorcjum Sprint nie spełniło wymagań określonych w specyfikacji w zakresie oferowanych „Serwerów typu blade dedykowane do obudowy chassis blade określonej w pkt 1-20 szt.” – opisanych w pkt 2 załącznika nr 1c do specyfikacji.

Konsorcjum Sprint w formularzu oferty (załącznik nr 2 do specyfikacji) zawarło w pkt 15 wykaz adresów stron internetowych (WWW) producentów infrastruktury technicznej oferowanej w ramach Zadania I. Wykaz ten zawiera zaoferowane przez wykonawcę nazwy własne sprzętu/systemu. Z wykazu dostępnego w części jawnej oferty wynika, że

Konsorcjum Sprint w odniesieniu do wymagań postawionych w Załączniku Ic do specyfikacji w pkt 2 „Serwer typu blade dedykowany do obudowy chassis blade określonej w pkt 1” zaoferowało 20 sztuk serwera opartych o jeden typ – IBM BladeCenter HS22V.

Zdaniem odwołującego zaoferowanie tylko jednego modelu serwera, stanowi o niezgodności oferty z specyfikacji, bowiem oferowany model serwera nie spełnia łącznie wszystkich wymagań postawionych w punkcie 2 Załącznika nr Ic do specyfikacji, a w szczególności:

- dwa interfejsy 1Gb Ethernet z cechą Wake On LAN, failover (pkt 2.6 załącznika nr 1 c do specyfikacji);
- dwa interfejsy Fibre Chanel min. 8Gbps (pkt 2.6 załącznika nr 1 c do specyfikacji);
- dwa interfejsy (fizyczne) 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji portów; zainstalowana karta musi zapewniać pełną współpracę ze switchami zainstalowanymi w obudowie blade przy zapewnieniu wsparcia dla protokołu iSCSI (pkt 2.6 załącznika nr 1 c do specyfikacji);
- co najmniej dwa z partii dostarczonych serwerów muszą umożliwiać zainstalowanie modułu HSM w postaci standardowej wielkości karty PCI-Express (pkt 2.9 załącznika nr 1 c do specyfikacji).

Zdaniem odwołującego powyższe wymaganie wymuszają w co najmniej dwóch serwerach zastosowanie modułu rozszerzeń. W ramach rozwiązań oferowanych przez producenta IBM, którego sprzęt zaproponowało Konsorcjum Sprint, dla serwerów typu blade występują tylko dwa typy modułów rozszerzeń umożliwiających zwiększenie liczby złącz serwera: IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730 oraz IBM PCI Express I/O Expansion Unit PN: 43W4391. Jedynym rozwiązaniem gwarantującym, prawidłowe działanie dwóch ww. serwerów wyposażonych w moduł umożliwiający instalację kart PCI Express z zapewnieniem wszystkich interfejsów wymienionych w punkcie 2 Załącznika nr Ic do specyfikacji, jest zastosowanie konfiguracji złożonej z serwera IBM BladeCenter HS22 wyposażonego w moduł IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730. Spełniająca wymagania konfiguracja przedstawia się następująco:

- dwa interfejsy 1Gb Ethernet z cechą Wake On LAN, failover są zintegrowane z płytą główną serwera;
- dwa interfejsy Fibre Chanel min. 8Gbps w postaci karty Fibre Channel umieszczonej w złączu typu 'vertical' serwera (karty CIOv lub CFFv);
- dwa interfejsy (fizyczne) 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji portów; zainstalowana karta musi zapewniać pełną współpracę ze switchami zainstalowanymi w obudowie blade przy zapewnieniu wsparcia dla protokołu iSCSI należy umieścić w złączu CCFh udostępnionym przez moduł rozszerzeń IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730 w formie karty typu CFFh;

– jednocześnie moduł rozszerzeń udostępnia dodatkowe 2 złącza PCI-Express przez co zapewniona jest możliwość instalacji modułu HSM w postaci standardowej wielkości karty PCI-Express.

Takie rozwiązanie jest deklarowane przez producenta IBM, jako w pełni przetestowane, gwarantujące poprawną pracę zainstalowanych kart rozszerzeń.

Zaoferowany przez Konsorcjum Sprint serwer IBM BladeCenter HS22V nie spełnia wyżej opisanego wymagania – moduł rozszerzeń IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade nie jest według producenta IBM przeznaczony dla tego serwera tj. wyklucza on stosowanie modułów „IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730” z serwerami IBM BladeCenter HS22V.

Z oficjalnej dokumentacji technicznej producenta IBM dołączonej do odwołania, jako dowód, jedynymi wspieranymi serwerami typu blade umożliwiającymi zastosowanie modułu „IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730” rozszerzeń są serwery IBM BladeCenter HS22 oraz IBM BladeCenter HX5 (tabela zgodności sprzętu na str. 14. załącznika IBM BladeCenter Interoperability Guide rozdział Blades to Expansion Units Interoperability oraz tabela str. 4 Załącznika IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade IBM BladeCenter at-a-glance guide) Nie jest również możliwe zainstalowanie do serwera IBM BladeCenter HS22V jednocześnie:

- modułu rozszerzeń IBM PCI Express I/O Expansion Unit PN: 43W4391;
- dwóch interfejsów 1Gb Ethernet z cechą Wake On LAN, failover;
- dwóch interfejsów Fibrę Chanel min. 8Gbps;
- dwóch interfejsów (fizycznych) 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji portów.

Powyższe wynika z faktu, że serwer IBM BladeCenter HS22V nie zapewnia wystarczającej liczby odpowiednich złącz, aby umożliwić zamontowanie wszystkich wymaganych w pkt 2.6 Załącznika nr Ic do specyfikacji interfejsów komunikacyjnych wraz z zapewnieniem możliwości zamontowania modułu HSM w postaci standardowej wielkości karty PCI-Express. Złącze przyłączeniowe modułu rozszerzeń do serwera (w tym wypadku IBM BladeCenter HS22V) zajmuje wolny slot w serwerze nie udostępniając równocześnie takiego samego złącza wewnątrz samego modułu rozszerzeń. W związku z powyższym nie ma fizycznej możliwości zainstalowania dedykowanej dla serwerów Blade fizycznej karty 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji, która to karta wymaga wykorzystania złącza CCFh.

Dokumentacja techniczna producenta IBM, dołączona do odwołania jako dowód, powinna zostać uznana za pewne źródło wiedzy. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 1 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1182/09), dotyczącym sprzętu informatycznego, Izba wskazała »Zamawiający oceniając parametry wskazanego w ofercie i konkretnie oznaczonego co do typu i modelu urządzenia, oparł się na powszechnie dostępnych informacjach, za których utworzenie i udostępnienie producent sprzętu ponosi

odpowiedzialność (strona WWW producenta). Jak podnosi zamawiający nie były to informacje handlowe czy marketingowe, które pominął, ale przedstawiona w czasie rozprawy „Instrukcja obsługi i instalacji” dwóch konkretnych urządzeń produkowanych przez producenta IE. W ocenie Izby dokument tego typu jest jak najbardziej wiarygodnym, miarodajnym i precyzyjnym źródłem informacji nt. sprzętu elektronicznego, którego dotyczy. Przyjęcie założenia przeciwnego stawiałoby pod znakiem zapytania wiarygodność producenta jako podmiotu wprowadzającego na rynek skomplikowane urządzenia techniczne (...)».

Z powyższego wynika, że Konsorcjum Sprint nie spełniło wymagań określonych przez zamawiającego, zaoferowało bowiem serwer, który nie spełnia warunków technicznych opisanych w specyfikacji. Dlatego należy stwierdzić, że zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Sprint.

Oferta Konsorcjum Sprint – pkt 15 wykaz adresów stron internetowych (WWW) producentów infrastruktury technicznej oferowanej w ramach Zadania I – nie może podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem prowadziłoby to do negocjacji w zakresie złożonej oferty i zmierzało do naruszenia art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2009 r. (sygn. akt: XXIII Ga 418/09): „Wbrew zarzutom skargi, Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) uzasadniła podstawę dotyczącą uznania, że formularz Techniczny stanowi treść oferty. KIO uznała, że Formularz Techniczny, to również oferta w rozumieniu art. 66 § 1 Kc. Sąd Okręgowy wskazuje, że z treści art. 61 Kc, do którego odsyła art. 14 Pzp wynika, że oświadczenie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, gdy określa istotne jej postanowienia. Wyrażona zatem propozycja zawarcia umowy powinna zostać tak sformułowana, aby było możliwe przyjęcie oferty wprost. Oferta może zawierać również inne postanowienia, to znaczy nie tylko wskazujące na ustawowe cechy umowy (sprzedaży), ale umowa dochodzi do skutku wówczas, gdy zostanie zaakceptowana pełna treść oferty. Opis przedmiotu zawierał Załącznik nr I i jest to istotny element umowy sprzedaży ze względu na treść art. 535 Kc. Niemniej również, cechy przedmiotu zamówienia, określał Załącznik nr 4 Formularz Techniczny, w tym nazwę producenta, model, opis cech asortymentu. Wbrew stanowisku skarżącego, Opis Przedmiotu Zamówienia i treść Formularza Technicznego nie są identyczne, ale wzajemnie się uzupełniają” i dalej „Natomiast w Formularzu Technicznym, to wykonawca miał obowiązek opisać szczegółowo cechy asortymentu, które byłyby zgodne z wymaganiami wskazanymi przez zamawiającego”.

Zdaniem odwołującego wskazanie producenta i modelu oferowanego serwera w tabeli „wykaz adresów stron internetowych (WWW) producentów infrastruktury technicznej oferowanej w ramach Zadania I”, stanowi oświadczenie woli, o którym stanowi wyżej przytoczone orzeczenie.

Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Rodan

Zastrzeżenia odwołującego w zakresie oferty Konsorcjum Rodan dotyczą Zadania I – Infrastruktury technicznej. Zamawiający w specyfikacji określił, że w ramach wykonania zamówienia wykonawcy zobowiązani będą do wykonania dostawy sprzętu i oprogramowania (systemowego, bazodanowego, narzędziowego) spełniającego wymagania opisane w Załączniku nr Ic do specyfikacji.

Załącznik nr Ic do specyfikacji stanowi szczegółowy wykaz sprzętu i oprogramowania, jakiego oczekuje zamawiający. Wykonawcy składający oferty zobowiązani byli do złożenia w ofercie, zgodnie z wymaganiem określonym w pkt 5.4 specyfikacji, specyfikacji infrastruktury technicznej oferowanego rozwiązania, (dotyczy Zadania nr I) potwierdzającą spełnienie stawianych wymagań. Załącznik nr Ic do specyfikacji precyzował wymaganie z części ogólnej specyfikacji, wskazując „Do obowiązków wykonawcy należy dostawa 20 serwerów typu Blade w dwóch obudowach (Chassis) z dwoma macierzami dyskowymi, biblioteki taśmowej, zasilacza awaryjnego UPS i oprogramowania o minimalnych wymaganiach określonych poniżej wraz z rozmieszczeniem ich we wskazanym przez zamawiającego miejscu w Szczecinie oraz wykonaniem wszystkich niezbędnych prac i usług instalacyjnych koniecznych by dostarczone urządzenia pracowały w środowisku zamawiającego”. Zamawiający określił także „Wymagania ogólne dla wszystkich elementów dostawy niniejszego zadania”, wskazując między innymi, że: „Wszystkie elementy dostawy powinny być jednoznacznie opisane w ofercie tj. zawierać odpowiednią nazwę części/elementu/licencji wraz numerem produktu umożliwiającym jednoznaczną identyfikację” oraz że „Wykonawca powinien dołączyć do oferty Specyfikację techniczną oferowanego rozwiązania wydaną przez producenta urządzenia potwierdzającą spełnienie stawianych wymagań. Wykonawca ma podać w ofercie adres strony www producenta sprzętu, na której jest dostępna ww. specyfikacja techniczna (dopuszcza się dokumenty w języku angielskim)”. Wyżej wskazane wytyczne nakreśliły ramy, w jakich wykonawcy winni przygotować dokument „Specyfikacja infrastruktury technicznej oferowanego rozwiązania”.

Konsorcjum Rodan w Specyfikacji Infrastruktury Technicznej (strony 132-134 oferty) przedstawiło szczegółową konfigurację oferowanego sprzętu wraz z ilościami poszczególnych komponentów składowych w odniesieniu do wymagań postawionych w Załączniku nr Ic do specyfikacji. Wykaz ten nie zawiera nazwy części/elementu/licencji wraz numerem produktu umożliwiającym jednoznaczną identyfikację, co stanowi niezgodność oferty z wymaganiem określonym w Załączniku nr Ic do specyfikacji.

Z ww. zestawienia wynika, że Konsorcjum Rodan w odniesieniu do wymagań postawionych w Załączniku Ic do specyfikacji w pkt 2 Serwer typu blade dedykowany do obudowy chassis blade określonej w pkt 1 zaoferowało 20 szt. serwera opartych o jeden, ten

sam, model serwera – IBM HS22V. Zdaniem odwołującego zaofertowanie tylko jednego modelu serwera, stanowi o niezgodności oferty z specyfikacją, bowiem oferowany model serwera nie spełnia łącznie wszystkich wymagań postawionych w punkcie 2 Załącznika nr Ic do specyfikacji, a w szczególności:

- dwa interfejsy 1Gb Ethernet z cechą Wake On LAN, failover;
- dwa interfejsy Fibre Channel min. 8Gbps;
- dwa interfejsy (fizyczne) 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji portów; zainstalowana karta musi zapewniać pełną współpracę ze switchami zainstalowanymi w obudowie blade przy zapewnieniu wsparcia dla protokołu iSCSI;
- co najmniej dwa z partii dostarczonych serwerów muszą umożliwiać zainstalowanie modułu HSM w postaci standardowej wielkości karty PCI-Express.

Załącznik nr Ic do specyfikacji pkt 2.9 „Wymagania dodatkowe”, stawia następujący wymóg: „Co najmniej dwa z partii dostarczonych serwerów muszą umożliwiać zainstalowanie modułu HSM w postaci standardowej wielkości karty PCI-Express”.

Powyższe wymaganie w połączeniu m.in. z wymaganiami określającymi liczbę i typ interfejsów komunikacyjnych (pkt 2.6 Załącznik nr Ic do specyfikacji) wymusza zastosowanie modułu rozszerzeń IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730. Jedynym rozwiązaniem gwarantującym prawidłowe działanie dwóch ww. serwerów wyposażonych w moduł umożliwiający instalację kart PCI Express z zapewnieniem wszystkich interfejsów wymienionych w punkcie 2 Załącznika nr Ic do specyfikacji jest zastosowanie konfiguracji złożonej z serwera IBM BladeCenter HS22 wyposażonego w moduł IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730. Spełniająca wymagania konfiguracja przedstawia się następująco:

- dwa interfejsy 1Gb Ethernet z cechą Wake On LAN, failover są zintegrowane z płytą główną serwera;
- dwa interfejsy Fibre Channel min. 8Gbps w postaci karty Fibre Channel umieszczonej w złączu typu 'vertical' serwera (karty CIOv lub CFFv);
- dwa interfejsy (fizyczne) 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji portów; zainstalowana karta musi zapewniać pełną współpracę ze switchami zainstalowanymi w obudowie blade przy zapewnieniu wsparcia dla protokołu iSCSI należy umieścić w złączu CCFh udostępnionym przez moduł rozszerzeń IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730 w formie karty typu CFFh;
- jednocześnie moduł rozszerzeń udostępnia dodatkowe 2 złącza PCI-Express przez co zapewniona jest możliwość instalacji modułu HSM w postaci standardowej wielkości karty PCI-Express.

Takie rozwiązanie jest deklarowane przez producenta IBM, jako w pełni przetestowane, gwarantujące poprawną pracę zainstalowanych kart rozszerzeń.

Zaoferowany przez Konsorcjum Rodan serwer IBM BladeCenter HS22V wraz z modułem rozszerzeń IBM PCI Express I/O Expansion Unit nie spełnia wyżej opisanego wymagania.

Z oficjalnej dokumentacji technicznej producenta – producenta IBM – dołączonej do odwołania jako dowód, jedynymi wspieranymi serwerami typu blade umożliwiającymi zastosowanie modułu „IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade PN: 46M6730” rozszerzeń są serwery IBM.

BladeCenter HS22 oraz IBM BladeCenter HX5 (tabela zgodności sprzętu na str. 14. załącznika IBM BladeCenter Interoperability Guide rozdział Blades to Expansion Units Interoperability oraz tabela str. 4 Załącznika IBM BladeCenter PCI Express Gen 2 Expansion Blade IBM BladeCenter at-a-glanceugjiśJe)

Nie jest możliwe zainstalowanie do serwera IBM BladeCenter HS22V jednocześnie:

- modułu rozszerzeń IBM PCI Express I/O Expansion Unit PN: 43W4391;
- dwóch interfejsów 1Gb Ethernet z cechą Wake On LAN, failover;
- dwóch interfejsów Fibrę Chanel min. 8Gbps;
- dwóch interfejsów (fizycznych) 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji portów.

Zainstalowana karta musi zapewniać pełną współpracę ze switchami zainstalowanymi w obudowie blade przy zapewnieniu wsparcia dla protokołu iSCSI.

Wynika to z faktu, że serwer IBM BladeCenter HS22V nie zapewnia wystarczającej liczby odpowiednich złącz, aby umożliwić zamontowanie wszystkich wymaganych w pkt 2.6 Załącznik nr Ic do specyfikacji interfejsów komunikacyjnych wraz z zapewnieniem możliwości zamontowania modułu HSM w postaci standardowej wielkości karty PCI-Express. Złącze przyłączeniowe modułu rozszerzeń IBM PCI Express I/O Expansion Unit do serwera (w tym wypadku IBM BladeCenter HS22V) zajmuje wolny slot w serwerze nie udostępniając równocześnie takiego samego złącza wewnątrz samego modułu rozszerzeń. W związku z powyższym nie ma fizycznej możliwości zainstalowania dedykowanej dla serwerów Blade karty 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji zapewniającej pełną współpracę z przełącznikami zainstalowanym i w obudowie blade, która to wymaga wykorzystania złącza CCFh.

Specyfikacja infrastruktury technicznej oferowanej przez Konsorcjum Rodan wraz z podanymi ilościami poszczególnych komponentów składowych w konfiguracji oferowanych serwerów HS22V nie zawiera wymaganego modułu pamięci flash USB dla oprogramowania wirtualizacyjnego co jest niezgodne ze specyfikacją (Załącznik nr Ic do specyfikacji w pkt 2.5). Specyfikacja infrastruktury technicznej oferowanej przez Konsorcjum Rodan wraz z podanymi ilościami poszczególnych komponentów składowych w konfiguracji oferowanych serwerów HS22V zawiera informację o oferowanej karcie 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji portów. Wymóg postawiony w Załączniku nr Ic do specyfikacji w pkt 2.6 Interfejsy komunikacyjne mówi „Dwa interfejsy (fizyczne) 10Gb Ethernet z opcją wirtualizacji portów.

Zainstalowana karta musi zapewniać pełną współpracę ze switchami zainstalowanymi w obudowie blade przy zapewnieniu wsparcia dla protokołu iSCSI". Oferowana przez Konsorcjum Rodan karta Emulex IOGbE Virtual Fabric Adapter II – IBM BladeCenter nie oferuje wymaganej funkcjonalności wsparcia dla protokołu iSCSI – wobec czego serwer zawierający w swojej konfiguracji ww. kartę nie spełnia wymagań postawionych w specyfikacji. Modelem spełniającym wszystkie wymagania postawione przez zamawiającego jest Emulex IOGbE Virtual Fabric Adapter II Advanced (załącznik dokumentacja techniczna producenta serwera IBM Redbooks Emulex IOGbE Virtual Fabric Adapter II for IBM BladeCenter – str. 1).

Wyżej przywołana dokumentacja techniczna producenta IBM, dołączona do odwołania jako dowód, powinna zostać uznana za pewne źródło wiedzy. W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 1 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1182/09), dotyczącym sprzętu informatycznego, Izba wskazała „Zamawiający oceniając parametry wskazanego w ofercie i konkretnie oznaczonego co do typu i modelu urządzenia, oparł się na powszechnie dostępnych informacjach, za których utworzenie i udostępnienie producent sprzętu ponosi odpowiedzialność (strona WWW producenta). Jak podnosi zamawiający nie były to informacje handlowe czy marketingowe, które pominął, ale przedstawiona w czasie rozprawy „Instrukcja obsługi i instalacji” dwóch konkretnych urządzeń produkowanych przez producenta IE. W ocenie Izby dokument tego typu jest jak najbardziej wiarygodnym, miarodajnym i precyzyjnym źródłem informacji nt. sprzętu elektronicznego, którego dotyczy. Przyjęcie założenia przeciwnego stawiałoby pod znakiem zapytania wiarygodność producenta, jako podmiotu wprowadzającego na rynek skomplikowane urządzenia techniczne (...)”.

Z powyższego wynika, że Konsorcjum Rodan nie spełniło wymagań określonych przez zamawiającego, zaoferowało bowiem serwer, który nie spełnia warunków technicznych opisanych w specyfikacji. Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Rodan.

„Specyfikacja infrastruktury technicznej” Konsorcjum Rodan – nie może podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem prowadziłyby do negocjacji w zakresie złożonej oferty i zmierzało do naruszenia art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2009 r. (sygn. akt: XXIII Ga 418/09): »Wbrew zarzutom skargi, Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) uzasadniła podstawę dotyczącą uznania, że formularz Techniczny stanowi treść oferty. KIO uznała, że Formularz Techniczny, to również oferta w rozumieniu art. 66 § 1 Kc. Sąd Okręgowy wskazuje, że z treści art. 61 Kc, do którego odsyła art. 14 Pzp wynika, że oświadczenie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, gdy określa istotne jej postanowienia. Wyrażona zatem propozycja zawarcia umowy powinna zostać tak sformułowana, aby było możliwe przyjęcie oferty wprost. Oferta może zawierać również inne postanowienia, to znaczy nie tylko wskazujące

na ustawowe cechy umowy (sprzedaży), ale umowa dochodzi do skutku wówczas, gdy zostanie zaakceptowana pełna treść oferty. Opis przedmiotu zawierał Załącznik nr I i jest to istotny element umowy sprzedaży ze względu na treść art. 535 Kc. Niemniej również, cechy przedmiotu zamówienia, określał Załącznik Nr 4 Formularz Techniczny, w tym nazwę producenta, model, opis cech asortymentu. Wbrew stanowisku skarżącego, Opis Przedmiotu Zamówienia i treść Formularza Technicznego nie są identyczne, ale wzajemnie się uzupełniają” i dalej „Natomiast w Formularzu Technicznym, to wykonawca miał obowiązek opisać szczegółowo cechy asortymentu, które byłyby zgodne z wymaganiami wskazanymi przez zamawiającego”. Zdaniem odwołującego wskazanie producenta i modelu oferowanego serwera w tabeli „wykaz adresów stron internetowych (WWW) producentów infrastruktury technicznej oferowanej w ramach Zadania I”, stanowi oświadczenie woli, o którym stanowi wyżej przytoczone orzeczenie.

Zamawiający powinien dokonać oceny ofert wykonawców biorąc pod uwagę całą ofertę. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, choćby w wyroku z 6 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2540/10), gdzie stwierdzono „Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy ze specyfikacją we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która powinna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko po przestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści”.

Zdaniem odwołującego wykazane niezgodności pomiędzy ofertami Konsorcjum Sprint i Konsorcjum Rodan a specyfikacją, mają charakter istotny i nie mogą być walidowane w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1278/09) omyłki poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawienia mógł dokonać zamawiający samodzielnie. W przedmiotowym stanie faktycznym, nie jest to możliwe, bowiem poprawa stanowiłaby zmianę oświadczenia woli Konsorcjum Sprint oraz Konsorcjum Rodan.

Naruszenie zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt Pzp, we wskazanym wyżej zakresie stanowi równocześnie złamanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonych w art. 7 Pzp. Jeśli zamawiający wymaga od wykonawców, aby oferował produkt posiadał określone cechy techniczne i funkcjonalności, zobowiązany jest do sprawdzenia czy wykonawca w ofercie zaoferował produkty spełniające żądane rygory. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 maja 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 536/09) „Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może odstępować od wymogów określonych w specyfikacji, gdyż prowadzi to do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaoferowany produkt nie spełnia kompletnych

parametrów, wyznaczonych jako granicznie wymagane, obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty. Cechy techniczne, którymi obligatoryjnie powinno charakteryzować się nabywane urządzenie, stanowią bowiem istotny element oferty, co przesądza o niezgodności jej treści z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 66 ust. 1 Kc”.

Stanowisko Izby

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dowody – złożone przez strony i uczestników postępowania.

Izba stwierdza, że środki ochrony prawnej przysługują każdemu uprawnionemu podmiotowi, zgodnie z art. 179 Pzp w każdej konkretnej sprawie. Ponadto, zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego. Uprawnienie to jest ograniczone formalnie (1) zachowaniem odpowiedniego terminu zgłoszenia przystąpienia oraz (2) wskazaniem strony, do której wykonawca przystępuje, i (3) wskazaniem interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, co również zostało unormowane w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Dodatkowo uprawnienie przystępującego jest ograniczone faktycznie przez unormowanie art. 185 ust. 5 Pzp i w związku z tym czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (z zastrzeżeniem, które zostało pominięte nie miało wpływu na rozpoznawaną kwestię). Analizowanym zagadnieniem jest możliwość występowania jednego podmiotu w kilku postępowaniach odwoławczych przedstawiając każdorazowo interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść różnych stron.

Wykonawca w każdej sprawie oddzielnie określa interes, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron i nie może tego uprawnienia naruszyć zarządzenie Prezesa Izby łącznego rozpoznania większej liczby odwołań w jednym postępowaniu przez Izbę przez Izbę. Sytuacja taka miała miejsce w rozpoznawanych sprawach. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że każdy z przystępujących uczestników postępowania może dokonywać dowolnych czynności, które jednak nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił we wskazanej przez siebie sprawie, nawet jeżeli w następnej sprawie czynności te mogą być niezgodne z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił w uprzedniej sprawie.

Dlatego Izba nie ograniczyła prawa do wykonywania czynności uczestnikom postępowania, pod warunkiem, że w danej, rozpoznawanej sprawie czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie pozostawały w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Kwestia ta dotyczyła wszystkich wykonawców, którzy w poszczególnych sprawach występowali jako odwołujący, a jako przystępujący wskazywali interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, szczególnie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Rodan i PWPW w dwóch postępowaniach wskazywali interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego, a w jednym – na korzyść odwołującego, co zostało podniesione na rozprawie przez jednego z uczestników postępowania.

Dotyczy postępowania o sygn. akt 2690/11

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) pisma Qumak Sekom i Komputronik Biznes na dowód, że zaproponowane rozwiązanie techniczne przez wykonawców Unizeto i LTC nie spełniają wymogów technicznych oczekiwanych przez zamawiającego w zakresie dostawy oprogramowania umożliwiającego odtworzenie backup'u, gdyż zaproponowane rozwiązanie techniczne nie jest niezależne od systemu operacyjnego ani od sprzętowego rozwiązania archiwizacji (musi być zastosowany tylko Windows, a nie powinien być);

oraz dowodów złożonych przez przystępującego Unizeto:

- 2) (dowód nr 2) ofertę podmiotu ComArch z postępowania w Toruniu na dowód, że składanie ofert z cenami na część zamówienia nawet niższymi niż zaoferował to przystępujący w zakresie 1 roboczogodziny jest praktykowane i nie budzi to u zamawiających wątpliwości;
- 3) (dowód nr 3 i 4) pismo producenta Microsoft z 23 grudnia 2011 r. i opis funkcjonalny platformy gdzie producent Microsoft wskazuje, że oferowany przez przystępującego system bazy danych może działać niezależnie od systemu operacyjnego serwera

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci dotyczący błędnego przyjęcia przez zamawiającego, że treść oświadczeń odwołującego, jak również treść wyjaśnień oraz treść i

forma dostarczonych przez odwołującego dokumentów na skutek wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie odpowiada treści wymagań wskazanych w ogłoszeniu, a w konsekwencji zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a Pzp przez zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw prawnych – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wezwał 2 listopada 2011 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint i MADKOM do uzupełnienia dokumentów oraz do wyjaśnienia dokumentów składających się na ofertę przywołując podstawę art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp. W wezwaniu zamawiający doprecyzował warunek określony w pkt 6.1.2.1 specyfikacji. W związku z tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia Sprint i MADKOM stwierdzili, że w ofercie złożyli właściwe dokumenty, a w tym od udzielającego referencje, potwierdzające spełnienie warunku w wymaganych granicach. Jednak zamawiający nie wskazał konkretnych dokumentów lub wyjaśnień żądanych na podstawie wskazanych tylko ogólnie przepisów.

Zamawiający nie uznał tłumaczeń i wykluczył wykonawców bez podania podstawy prawnej tej czynności (pismo z 6 grudnia 2011 r.).

Skład orzekający Izby stwierdza, zgodnie z bogatym orzecznictwem Izby i sądów powszechnych, że zamawiający nie może wyciągać konsekwencji w stosunku do wykonawców z niejasnych sformułowań specyfikacji, nie może również doprecyzowywać postanowień specyfikacji po upływie terminu składania ofert. W związku z tym zamawiający nie może wykluczyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Sprint i MADKOM z postępowania, a w konsekwencji zamawiający nie miał prawa zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający może zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp tylko ze względu na niezłożenie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Dlatego zamawiający nie ma prawa zatrzymywać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp ze względu na niezłożenie dokumentów innych niż konieczne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wśród tych dokumentów nie znajduje się harmonogram, co również podnosi odwołujący.

Odnosnie do uzupełnienia harmonogramu w rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie wykazał, że uzupełnił ten dokument, a jedynie wykazał, że zamawiający nie może stosować do uzupełnienia harmonogramu procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, a skoro tak, to nie może później zatrzymać wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, co skład orzekający Izby uznaje za zasadne.

Z powyższych względów skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut błędnego przyjęcia, że treść oświadczeń odwołującego, jak również treść wyjaśnień oraz treść i forma dostarczonych przez odwołującego dokumentów na skutek wezwania przez zamawiającego

do uzupełnienia dokumentów, nie odpowiada treści wymagań wskazanych w ogłoszeniu, a w konsekwencji zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a Pzp przez zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw prawnych – zasługuje na uwzględnienie. Tym samym pierwszy zarzut wykluczenia odwołującego z nieuzasadnionym powołaniem się na fakt, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie zaistniała sytuacja nakazująca zamawiającemu wykluczenia wykonawcy oraz zarzut wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp, przez błędne przyjęcie i uznanie przez zamawiającego, że treść oświadczeń złożonych w ofercie przez odwołującego jak również treść udzielonych przez odwołującego wyjaśnień oraz treść i forma dostarczonych przez odwołującego dokumentów na skutek wezwania przez zamawiającego do ich uzupełnienia, nie odpowiada treści wymagań wskazanych w ogłoszeniu – zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie zaistniała sytuacja nakazująca zamawiającemu wykluczenia wykonawcy. Również tym samym skład orzekający Izby uznaje za zasadny zarzut drugi wykluczenia odwołującego bez podania uzasadnienia faktycznego, gdyż nie zaistniały podstawy do wykluczenia wykonawcy.

Odnosnie do zarzutów czwartego i piątego – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy Unizeto oraz wykonawcy LTC, których to treść ofert nie odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w specyfikacji w zakresie oferowanej bazy danych Microsoft SQL Enterprise Edition – skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał niewłaściwego postępowania zamawiającego.

Odwołujący przedstawił dowód nr 1 pisma podmiotów Qumak Sekom i Komputronik Biznes aby wykazać, że zaproponowane rozwiązanie techniczne przez wykonawców Unizeto i LTC nie spełniają wymogów technicznych oczekiwanych przez zamawiającego w zakresie dostawy oprogramowania umożliwiającego odtworzenie *backup'u*, gdyż zaproponowane rozwiązanie techniczne nie jest niezależne od systemu operacyjnego ani od sprzętowego rozwiązania archiwizacji. Zamawiający w specyfikacji wymagał, aby oferowany system RBD pozwalał na kompresję kopii zapasowej danych (*backup*) od razu w czasie tworzenia kopii. Ta cecha systemu RBD powinna być niezależna od systemu operacyjnego i od sprzętowego rozwiązania archiwizacji danych.

Zdaniem odwołującego ww. baza danych jest zależna od systemu operacyjnego i działa jedynie i wyłącznie na serwerach działających pod kontrolą systemu operacyjnego Windows.

W dowodzie nr 3 i 4 producent Microsoft wskazuje, że oferowany przez przystępującego system bazy danych może działać niezależnie od systemu operacyjnego serwera. Natomiast zamawiający wymagał w pkt 11.1 załącznika Ic do specyfikacji, aby dane były kompresowane w trakcie ich tworzenia i archiwizowane. Odwołujący nie wykazał, że

oferowane systemy przez wykonawców Unizeto i LTC nie spełniają wymagań zamawiającego.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzuty czwarty i piaty dotyczące niespełnienia wymagań zamawiającego przez zaoferowanie przez ww. wykonawców bazy danych Microsoft SQL Enterprise Edition nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W granicach zarzutów szóstego, siódmego i ósmego dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2-4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w ocenie składu orzekającego Izby nie zasługują na uwzględnienie.

Pojęcie rażąco niskiej ceny nie może być kazuistycznie zdefiniowane i ustawodawca nie podaje zamawiającemu odniesień, na których podstawie zamawiający w sposób formalistyczny mógłby stwierdzić zastosowanie przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. W związku z tym każdorazowo, gdy u zamawiającego zrodzą się wątpliwości do poziomu zaoferowanej ceny, zamawiający powinien wdrożyć procedurę unormowaną w art. 90 ust. 1 Pzp i zwrócić się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący nie dowiódł, że u zamawiającego powinno wzbudzić się podejrzenie, że wykonawca Unizeto złożył ofertę z rażąco niską ceną. Wykonawca Unizeto zaoferował wykonanie zamówienia za cenę ok. 11,5 mln zł, co wobec zaoferowania trzech cen niższych od ok. 9,1 do 10,9 mln zł i jednej wyższej – ok. 12,3 mln zł nie daje bezwzględnej podstawy do stwierdzenia, że u zamawiającego muszą pojawić się odczucia, że wykonawca Unizeto zaoferował cenę rażąco niską.

Samo zaoferowanie ceny z elementami ceny – nawet dalece odbiegającymi od elementów cen oferowanych przez innych wykonawców – nie stanowi przesłanek do wszczęcia procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp – i rozpoczęcia ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż przepis kładzie nacisk na wyjaśnienie całej ceny ofertowej, a nie poszczególnych elementów ceny mających, wpływ na wysokość globalnej ceny ofertowej, jak w rozpoznawanym przypadku, w stopniu marginalnym.

Nie miał wpływu na orzeczenie dowód nr 2 złożony przez przystępującego, gdyż odnosił się do innego postępowania i tylko obrazował kwestię, że wykonawcy mogą składać oferty z elementami ceny bardzo nisko wycenianymi.

W związku z tym brak jest podstaw do uznania przez skład orzekający Izby zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i dlatego

zarzut ten nie może zostać uwzględniony. Również odwołujący – ze względu na brak dowiedzenia, że oferta – z prawie najwyższą ceną – powinna zostać odrzucona, gdyż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co zostało unormowane w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Ponadto odwołujący nie dowiódł, że wykonawcy Unizeto i LTC nie spełnili wymagań zamawiającego, co zostało omówione wyżej odnośnie do zarzutów czwartego i piątego. W zawiązkę z tym nie można uznać za zasadne zarzutów naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, dlatego skład orzekający Izby nie może przychylić się do wyżej określonego zarzutu.

Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4a Pzp

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego i uczestnika postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie w zakresie zarzutów 1-3.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 4.572,02 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Dotyczy postępowania o sygn. akt KIO 2692/11

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 5) pisma sporządzone przez wykonawcę Unizeto w zakresie Powiatu Łukowskiego na str. 6 wiersz 4.3 oraz w zakresie Powiatu Hrubieszowskiego na str. 14 wiersz 3.22, na wykazanie, że w obu przypadkach EOD jest warty około 600 tys. zł;
- 2) (dowód nr 6) dwa oświadczenia Fundacji Informatyki i Zarządzania, z których jedno stwierdza, że EOD przekroczył wartość 1,5 mln zł, a drugie – że EOD nie

przekroczył wartości 1,5 mln zł, na wykazanie, że powinno to skutkować przynajmniej wezwaniem do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę LTC;

oraz dowodu złożonego przez przystępującego LTC:

- 3) (dowód nr 7) pismo z 20 grudnia 2011 r. Fundacji Informatyki i Zarządzania w sprawie omyłki jakiej wystawca dokonał i która stała się podstawą do wniesienia dowodu nr 6, gdzie przystępujący wykazuje, że dowód nr 6 był tylko omyłką, a prawdziwa sytuacja została określona w dowodzie nr 7, z której wynika, że EOD dla Opola i 70 jednostek przekroczył wartość 1,5 mln zł;

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp przez zatrzymanie wadium złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rodan i PWPW bez zaistnienia podstaw do dokonania takiej czynności – zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Zamawiający zatrzymał wadium odwołującego, jednak odwołujący stwierdził, że czynność zatrzymania wadium była wadliwa, gdyż odwołujący nie został prawidłowo wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający wystosował pismo do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Rodan i PWPW, w którym to piśmie zamawiający cyt. „Działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm. – dalej: ustawa PZP), Zamawiający zwraca się do wykonawcy o uzupełnienia/wyjaśnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień w następujących kwestiach” i zamawiający przytoczył 10 pozycji, których dotyczyło pismo. Na zakończenie zamawiający określił ogólnie, że cyt. „Nie uzupełnienie dokumentów spowoduje wykluczenie Państwa z postępowania. Równocześnie przypomina się, że Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że Wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

W piśmie tym zamawiający nie wskazał konkretnych dokumentów, których uzupełnienia żąda na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Na zakończenie, mimo prawie dosłownego

przytoczenia treści art. 46 ust. 4a Pzp, zamawiający nie wskazał podstawy prawnej konsekwencji, które zamierza wyciągnąć, gdyż na początku stwierdził, że w skrócie ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych będzie nazywać „ustawą”, a w zakończeniu przywołał tylko numery artykułów („art. 26 ust. 3” i „art. 25 ust. 1” bez wskazania aktu), co mogło nie naprowadzić adresata na dotarcie do właściwych przepisów – w prawie jest wiele przepisów noszących przytoczone numery.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w przypadku odesłań do innych przepisów w ramach tego samego aktu, nie dookreśla się numerów przepisów tytułem aktu, z którego te przepisy pochodzą. Dlatego m.in. w art. 46 ust. 4a Pzp zostały przytoczone tylko numery artykułów i ustępów bez wskazania daty uchwalenia i tytułu samej ustawy. Takie działanie ustawodawcy wynika z utrwalonej praktyki legislacyjnej i w szczególności z treści § 158 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908).

Jednak nie zwalnia to podmiotów powołujących się na przepisy z – nie mogącego budzić wątpliwości – wskazywania aktu, na który autor się powołuje.

Również końcowa uwaga, cyt. „Równocześnie przypomina się, że Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złoży dokumentów [...]” nie wskazywała z całą pewnością, że przypomnienie to dotyczy właśnie trzymanego przez odbiorcę w rękach pisma, a nigdzie w tym dokumencie nie było napisane, że omawiany dokument jest pismem, o którym mowa w „art. 26 ust. 3”. Z początkowych wersów dokumentu wynikało, że jest to pismo cyt. „art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

Zamawiający zastosował do wskazania tych przepisów koniunkcję, co wynika z użycia funkcyj „i” oraz „oraz”. To również mogło wprowadzić w błąd odbiorcę, gdyż nie wiedział on na jakiej konkretnej podstawie prawnej zamawiający oparł swoje wystąpienie i jakie z tego tytułu grożą wykonawcy konsekwencje.

Wobec powyższego zamawiający nie dopełnił wszystkich wymagań do wezwania wykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Art. 46 ust. 4a Pzp jednoznacznie wskazuje, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów. Natomiast w rozpoznawanym postępowaniu nie doszło do wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, co zostało wykazane wyżej, i w związku z tym zamawiający nie może zastosować art. 46 ust. 4a Pzp.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut trzeciego naruszenia art. 46 ust. 4a Pzp przez zatrzymanie wadium złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rodan i PWPW bez zaistnienia podstaw do dokonania takiej czynności – zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby nie może uznać za zasadny zarzut drugi związany z zarzutem trzecim, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rodan i PWPW mimo braku prawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentacji lub złożenia wyjaśnień oraz w sytuacji, gdy odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący złożył odpowiedź na wezwanie art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp, jednak w związku z tym, że była to odpowiedź złożona po terminie wyznaczonym przez zamawiającego, zamawiający nie wziął tej odpowiedzi pod uwagę w trakcie badania ofert.

Odwołujący nie zaprzecza, że otrzymał wezwanie do uzupełnienia oferty. Jednak ze względu na skierowanie dokumentu przetworzonego elektronicznie do skrzynki zawierającej spam („wiadomości-śmieci”) w wewnątrzzakładowej sieci przesyłania informacji, adresat nie zareagował na pismo w określonym przez zamawiającego terminie. Odwołujący niezwłocznie po zorientowaniu się, że nie wypełnił żądania zamawiającego, zwrócił się o przedłużenie terminu na dostarczenie uzupełnień dokumentów i wyjaśnień, jednak uczynił to już po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu na odpowiedź. Zamawiający nie przedłużył terminu na wniesienie odpowiedzi i wykluczył odwołującego z postępowania, gdyż nie wziął pod uwagę pisma, które wpłynęło do zamawiającego po wyznaczonym terminie.

Odwołujący nie wykazał, które przepisy naruszył zamawiający odmawiając przedłużenia terminu na złożenie odpowiedzi. Zamawiający nie zastosował również nierównego traktowania wykonawców, gdyż żaden z wykonawców nie znalazł się w analogicznej sytuacji i nie wnosił o przedłużenie terminu na udzielenie odpowiedzi po upływie pierwotnego terminu wyznaczonego przez zamawiającego.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby nie może za zasadny uznać zarzutu drugiego – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rodan i PWPW mimo braku prawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentacji lub złożenia wyjaśnień.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty zaniechania wezwania wykonawcy Unizeto do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu i do uzupełnienia dokumentów na wykazanie spełniania warunku posiadanego doświadczenia oraz zarzut szósty zaniechania wezwania wykonawcy LTC do złożenia wyjaśnień dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu i do uzupełnienia dokumentów na wykazanie spełniania kryterium posiadanego doświadczenia czyli zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp względnie zaniechania wykluczenia wykonawcy LTC składającego w ofercie nieprawdziwe informacje mające lub

mogące mieć wpływ na wynik postępowania co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał, w ramach warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, aby wykonawcy zrealizowali co najmniej trzy zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, czyli spełniające warunek, aby minimum dwa z trzech zrealizowanych zamówień, w ramach systemu elektronicznego obiegu dokumentów, były o wartości co najmniej 1.500.000,00 PLN brutto każde.

Wykonawca Unizeto złożył przy ofercie trzy dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym referencje z 4 marca 2011 r. wystawione przez Starostwo Powiatowe w Łukowie i protokół odbioru końcowego z 10 maja 2011 r. dotyczący realizacji zamówienia w Powiecie Hrubieszowskim.

Zdaniem odwołującego z referencji Starostwa Powiatowego w Łukowie wynika, że wdrożenie systemu obiegu dokumentów było jedynie jednym z elementów zamówienia realizowanego przez Unizeto, a przedmiot tego zamówienia był znacznie szerszy.

Wykonawca Unizeto złożył oświadczenie (karta 24 oferty), że wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów w zamówieniu realizowanym dla Powiatu Łukowskiego przekroczyła 1.500.000,00 PLN. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że ta informacja jest nieprawdziwa. Dlatego zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zdaniem odwołującego, podobnie należy ocenić wykazanie przez wykonawcę Unizeto warunków udziału w postępowaniu przez złożenie protokołu odbioru końcowego z 10 maja 2011 r. dotyczącego realizacji zamówienia w Powiecie Hrubieszowskim, gdzie również stworzenie systemu elektronicznego obiegu dokumentami było jedynie fragmentem przedmiotu zamówienia. Wykonawca Unizeto złożył oświadczenie (k. 23 oferty), że wartość systemu elektronicznego obiegu dokumentów w zamówieniu realizowanym dla Powiatu Hrubieszowskiego przekroczyła kwotę 1.500.000,00 PLN, a z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że ta informacja jest nieprawdziwa.

Zdaniem odwołującego oświadczenia złożone przez wykonawcę Unizeto (k. 23 i k. 24 oferty) co do wartości zrealizowanych systemów elektronicznego obiegu dokumentami były zawyżone, a w konsekwencji nieprawdziwe.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód nr 10, złożony przez wykonawcę Unizeto w sprawie o sygn. akt 2693 rozpoznawanej łącznie. Dowód stanowią oświadczenia starostów w Hrubieszowie i w Łukowie, o właściwym wykonaniu zamówień elektronicznych obiegu dokumentów o wartości ponad 1.500.000 zł brutto w każdym powiecie.

Podobnie oferta wykonawcy LTC budzi wątpliwości odwołującego w zakresie wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunku posiadanego doświadczenia. Zamawiający szczegółowo opisał sposób oceny spełniania warunku doświadczenia.

Na potwierdzenie spełniania warunku wykonawca LTC załączył do oferty wykaz oraz referencje (częściowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). W jawnej części oferty wykonawcy LTC powołał się m.in. na realizację zamówienia pn. Budowa Platformy e-Uслуг Publicznych oraz baz danych systemu obiegu dokumentów dla Urzędu Miasta Opole i 70 jednostek na zlecenie Fundacji Informatyki i Zarządzania w Łodzi, dlatego odwołujący zwrócił się do Fundacji i uzyskał dwa sprzeczne oświadczenia.

Na dowód, że oświadczenie o nieprzekraczaniu wartości 1.500.000 zł brutto złożone przez wiceprezesa zarządu Fundacji było omyłką, wykonawca LTC złożył dowód nr 7, pismo Fundacji Informatyki i Zarządzania w Łodzi, co skład orzekający Izby uznał za wiarygodne.

Nadto odwołujący wskazał na wątpliwości czy „budowa baz danych systemu obiegu dokumentów” odpowiada opisanemu bardzo precyzyjnie przez zamawiającego warunkowi (pkt 6.1.2 specyfikacji), jednak nie dowiódł zasadności swoich zastrzeżeń.

Wobec powyższych konstatacji skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut czwarty – naruszenia art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i zarzut szósty – naruszenia art. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp – nie mogą zostać uwzględnione.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Unizeto, której to oferty złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i która zawiera rażąco niską cenę względnie zaniechania wezwania wykonawcy Unizeto do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przez co zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 4 Pzp w związku z art. 90 Pzp i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693 i Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206 oraz z 2009 r. Nr 201, poz. 1540) nie zasługuje na uwzględnienie. Zostało to uzasadnione w analizie zarzutów szóstego, siódmego i ósmego sprawy o sygn. akt 2690/11 skierowanej do łącznego rozpoznania.

Wobec braku wykazania zarzutu pierwszego – naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej – skład orzekający Izby nie może się przychylić do tego zarzutu.

Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 4a Pzp

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego i uczestnika postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie w zakresie zarzutu trzeciego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 4.572,02 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Dotyczy postępowania o sygn. akt KIO 2693/11

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 9 – A) oferta złożona przez przystępującego Unizeto w innym postępowaniu, gdzie wykonawca Unizeto w pkt 3,22 wykazał prawie 600 000,00 zł wartość zamówienia i w pkt 4.3 około 550 000,00 zł dla powiatów Hrubieszów i Łuków;
- 2) (dowód nr 11 – C) na okoliczność, że nie istnieją inne dokumenty określające wartość systemu EOD dla starostwa w Hrubieszowie oraz dowodu złożonego przez przystępującego:
- 3) (dowód nr 10 – B) oświadczenia starostów w Hrubieszowie i Łukowie na potwierdzenie wartości EOD u tych zamawiających

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że treść oferty wykonawcy Unizeto nie odpowiada treści specyfikacji oraz zarzut trzeci – zaniechania wykluczenia wykonawcy Unizeto z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – nie zasługują na uwzględnienie.

W pkt 14 specyfikacji zamawiający określił „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert”. Zgodnie z pkt 14.1.2 specyfikacji jednym z kryteriów były „Wymagania niekrytyczne spełnione na dzień składania oferty – maksymalnie 50 punktów przy czym zamawiający wskazał, że chodzi o sumę punktów za wymagania niekrytyczne punktowane (Załącznik nr 11 do specyfikacji), które wykonawca wskazał jako spełnione przez oferowane systemy na dzień składania ofert”.

W załączniku nr 11 do specyfikacji zamawiający wskazał w tabeli funkcjonalności, liczbę punktów możliwych do uzyskania w przypadku, gdy oferowany system posiada daną funkcjonalność, opis sposobu realizacji w oferowanym systemie („wypełnia wykonawca”) oraz numer strony oferty, na której znajduje się potwierdzenie spełnienia wymagania („wypełnia wykonawca”). Zamawiający wskazał na pierwszej stronie załącznika, że chodzi o „Opis sposobu realizacji przez wykonawcę wybranych wymagań niekrytycznych punktowanych [NP] w oferowanym systemie EOD. Oferowany system może spełniać poniższe wymaganie na dzień składania ofert. Spełnienie określonego wymagania oznacza przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert”.

Wykonawca Unizeto pkt 8 str. 4 oferty oświadczył, że liczba punktów zgodnie z kryterium wymagań niekrytycznych spełnionych na dzień składania ofert wynosi 48.

Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty („uzasadnienie wyboru” – tabela druga str. 2) wynika, że w kryterium funkcjonalności niekrytyczne, oferta wykonawcy Unizeto została oceniona przez zamawiającego nie na 48 punktów, ale na 43 punkty.

Z tego powodu, zdaniem odwołującego, oferta wykonawcy Unizeto powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji.

W trakcie postępowania zgodnie z pkt 7.16 specyfikacji, wykonawca Unizeto dostarczył testową wersję oferowanych Systemów „w celu zweryfikowania spełnienia wszystkich wymagań krytycznych i wymagań niekrytycznych” jednakże sprzecznie z pkt 7.18 specyfikacji, dostarczona przez wykonawcę Unizeto wersja testowa Systemów nie była w pełni zgodna z ofertą.

Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unizeto z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Informacje zawarte w ofercie złożonej przez wykonawcę Unizeto odnośnie spełniania wymagań niekrytycznych były w części nieprawdziwe.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wziął pod uwagę, że w pkt 7.15 specyfikacji zamawiający zastrzegł, że dokona weryfikacji informacji zawartych w dokumentach przedstawionych przez wykonawcę. Weryfikacja nie musi polegać na pełnej

akceptacji danych analizowanej oferty. Szczególnie zamawiający nie stanowił w specyfikacji, że przeniesie do swojej oceny ofert punktację zaproponowaną przez wykonawców, ale tę punktację zweryfikuje, czyli sprawdzi, i dopiero przyzna samodzielnie taką liczbę punktów, jaka wyniknie z oceny zamawiającego.

Ponadto zamawiający nigdzie nie zamieścił postanowienia, że rozbieżność między deklaracją punktacji w ramach spełnienia wymagań niekrytycznych przez wykonawcę i przyznaniem punktów przez zamawiającego będzie traktowane, jako złożenie nieprawdziwych informacji mających czy mogących mieć wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp) czy jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji (art. 89 pkt 2 Pzp), co w efekcie wiązałoby się z koniecznością wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty.

Zaprezentowane przez odwołującego rozumowanie mogłoby spowodować, że wykonawcy deklarowałyby funkcjonalność na poziomie zera punktów, gdyż mogliby się obawiać innego podejścia do zagadnienia przez zamawiającego i związanego z tym odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy. A zamawiającemu właśnie musi zależeć na nieskrępowanym zaoferowaniu możliwie pełnej gamy funkcjonalności przez wykonawców.

Z powyższych przyczyn zarzut drugi – zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że treść oferty wykonawcy Unizeto nie odpowiada treści specyfikacji oraz zarzut trzeci – zaniechania wykluczenia wykonawcy Unizeto z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty – zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Unizeto na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na to, że złożenie oferty przez wykonawcę Unizeto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zostało to uzasadnione w analizie zarzutów szóstego, siódmego i ósmego sprawy o sygn. akt 2690/11 skierowanej do łącznego rozpoznania.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty – zaniechania wykluczenia wykonawcy Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zostało to uzasadnione w analizie zarzutu czwartego sprawy o sygn. akt 2692/11 skierowanej do łącznego rozpoznania.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut szósty – zaniechania wykluczenia wykonawcy Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na nie wniesienie wadium – nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozpoznawanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wymagał wniesienia wadium w dozwolonych formach, zgodnie z art. 45 ust. 6 Pzp. Zamawiający w pkt 9.9 specyfikacji doprecyzował, że „gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa powinna być nieodwołalna i bezwarunkowa oraz płatna na pierwsze żądanie”.

Bankowa gwarancja wadium złożona na str. 32-33 oferty wykonawcy Unizeto, zdaniem odwołujących, nie spełnia wymagań ustawy i specyfikacji, ponieważ nie jest w tej gwarancji wpisane, że będzie płatna na „pierwsze żądanie zapłaty”. W treści gwarancji, gwarant oświadczył, że zobowiązuje się do zapłacenia na „pismemne żądanie zapłaty”.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zgodnie z zasadą pisemności postępowania, wyrażonej w art. 9 ust. 1 Pzp oraz praktyki banków czy ubezpieczycieli wystąpienia w sprawie zatrzymania wadium muszą być formułowane na piśmie. Dlatego stwierdzenie znajdujące się w treści gwarancji o konieczności pisemnego żądania zapłaty nie stanowi ograniczenia uprawnień zamawiającego, czego również nie podnosił odwołujący. Podobnie brak wyrazu „pierwsze” nie ogranicza uprawnień zamawiającego, bo gwarant jest zobowiązany do odpowiedniej reakcji na „żądanie zapłaty” i skoro nie ma postawionego przy tym wyrażeniu żadnego przymiotnika czy liczebnika, to oznacza, że gwarant zareaguje na każde żądanie zapłaty wystosowane przez zamawiającego.

Nie można uzależniać czynności prawnej od formalistycznego przekopiowania wymaganych treści, ale zgodnie z art. 65 § 2 Kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Dlatego wykonawcy mogą używać innych sformułowań, wynikających z bogactwa języka polskiego, jednak z tych wypowiedzi muszą wynikać wymagane treści.

Także druga uwaga dotycząca zawarcia w treści gwarancji nie identycznego sformułowania z tekstem ustawy (art. 46 ust. 5 i 4a Pzp) oraz pkt 9.18 specyfikacji nie mogą zasługiwać na uwzględnienie. Z treści pierwszej części akapitu drugiego na stronie pierwszej gwarancji, gdzie znajdują się sformułowania identyczne z treścią przepisu art. 46 ust. 5 Pzp nie można wnioskować, że gwarancja nie będzie chronić zamawiającego, jeżeli zajdą sytuacje przewidziane ustawą do zatrzymania wadium. Następnie gwarant dodał po spójniku „lub” – doprecyzowaną o wskazanie ustawy, do której odesłania się odnoszą – treść art. 46 ust. 4a Pzp.

Spójnik „lub” jest powszechnie uważany za funkcyj alternatywy nierozłącznej, a nie odnosi się, jak to uważa odwołujący, do koniunkcji. Alternatywa nierozłączna, która przez użycie wyrazu „lub” została zastosowana w rozpoznawanej gwarancji, jest prawdziwa, gdy

przynajmniej jeden element alternatywy jest prawdziwy, dlatego nie zachodzi obawa, że zamawiający będzie mógł się zaspokoić z gwarancji dopiero gdy zajdą jednocześnie wszystkie przesłanki opisane w akapicie drugim gwarancji. Stanowisko składu orzekającego Izby wynika z dzieła „Logika praktyczna” Zygmunta Ziembińskiego, rozdział VI „Funktory prawdziwościowe a spójniki międzyzdaniowe mowy potocznej”, str. 66-68, PWN, Warszawa 1984 r.

W związku z powyższym zarzut szósty – zaniechania wykluczenia wykonawcy Unizeto na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na nie wniesienie wadium – zdaniem składu orzekającego Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut postawiony jako pierwszy – niezgodnego z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyboru oferty wykonawcy Unizeto jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca Unizeto powinien zostać wykluczony, a oferta wykonawcy Unizeto powinna zostać odrzucona – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie dowiódł, że wykonawca Unizeto powinien zostać wykluczony z postępowania, ani że jego oferta powinna zostać odrzucona dlatego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut siódmy – zaniechania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający miał obowiązek wybrać ofertę, która we wszystkich kryteriach uzyskała największą liczbę punktów, a tą ofertą była oferta wykonawcy Unizeto. W związku z powyższym zarzut siódmy zaniechania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako najkorzystniejszej nie może zostać uznany przez skład orzekający Izby.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego i przystępującego (określone nrami 9 – A, 10 – B i 11– C).

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Dotyczy postępowania o sygn. akt KIO 2696/11

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 12 – D) wydruki z Internetu – dokumentacja techniczna IBM, na dowód, że przedstawione przez wykonawców Sprint i Rodan serwery HS22V nie będą w stanie łącznie spełnić wszystkich postawionych wymagań w punkcie 2 załącznika Ic do specyfikacji;
- 2) (dowód nr 13 – E) dowód na to, że przed upływem terminu składania oferty wykonawcy i zamawiający byli świadomi jakie zamawiający ma oczekiwania w stosunku do sprzętu oraz jakie są tam ograniczenia, szczególnie pytanie nr 109 i 189;
- 3) (dowód nr 14 – F) oświadczenia producenta IBM w zakresie obsługi modułu HSM oraz w zakresie karty sieciowej F2 na okoliczność, że sprzęt zaoferowany przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Sprint i Madkom oraz Rodan i PWPW nie spełnia wymagań zamawiającego;
- 4) (dowód nr 15 G) złożonego z zastrzeżeniem tajemnicy;
- 5) (dowód nr 16 H) złożonego z zastrzeżeniem tajemnicy

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – zaniechania odrzucenia oferty wykonawców Sprint i Madkom, w związku z faktem, że treść oferty tych wykonawców nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie niezgodności zaoferowanej infrastruktury sprzętowej z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w załączniku nr Ic do specyfikacji w pkt 2 pn. „Serwery typu blade dedykowane do obudowy chassis blade określonej w pkt 1-20 szt.” – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint i Madkom, w związku z tym, w rozpoznawanym przypadku, nie był już obowiązany do dokonywania szczegółowego badania oferty.

Ponadto, na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może to mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia. Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie w granicach zarzutu pierwszego nie miało lub nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Z tej przyczyny skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut pierwszy nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rodan i PWPW, w związku z faktem, że treść oferty tych wykonawców nie odpowiada treści specyfikacji w zakresie niezgodności zaoferowanej infrastruktury sprzętowej – serwerów typu blade, z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w załączniku nr 1c do specyfikacji w pkt 2 pn. „Serwery typu blade dedykowane do obudowy chassis blade określonej w pkt 1-20 szt.” – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rodan i PWPW, w związku z tym, w rozpoznawanym przypadku, nie był już obowiązany do dokonywania szczegółowego badania oferty.

Ponadto, na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie w granicach zarzutu pierwszego nie miało lub nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Z tej przyczyny skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut drugi nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci – dokonania nieprawidłowej oceny funkcjonalności niekrytycznych, punktowanych, oferowanych przez odwołującego Systemów podczas prezentacji i wynikającym z tego zaniechaniu czynności przyznania odwołującemu liczby punktów wskazanych w ofercie i załączniku nr 11 do specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zawarł w załączniku nr 11 do specyfikacji postanowienia, zgodnie z którymi wykonawcy mieli wykazać wymagania niekrytyczne oferowanego przedmiotu zamówienia. Po prezentacji stanowisk podczas rozprawy, w ocenie składu orzekającego Izby, oferta odwołującego została właściwie oceniona na 43 punkty w kryterium „wymagania niekrytyczne”.

Wobec powyższego zarzut trzeci – dokonania nieprawidłowej oceny funkcjonalności niekrytycznych, punktowanych, oferowanych przez odwołującego Systemów podczas prezentacji i wynikającym z tego zaniechaniu czynności przyznania odwołującemu liczby punktów wskazanych w ofercie i załączniku nr 11 do specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Również zarzut czwarty – zaniechania przyznania odwołującemu liczby punktów wskazanych z tytułu kryterium „Wymagania niekrytyczne spełnione na dzień składania oferty” w formularzu oferty i formularzu złożonym wg wzoru określonego w załączniku nr 11 do specyfikacji – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zdaniem składu orzekającego Izby zamawiający przyznał podczas prezentacji systemowi oferowanemu przez odwołującego zasadną liczbę punktów, w związku z tym zarzut zaniechania przyznania odwołującemu większej liczby punktów w kryterium „Wymagania niekrytyczne” – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....