

Sygn. akt: KIO 408/16

WYROK

z dnia 1 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kawa**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2016 r. przez wykonawcę **BPX S.A., ul. Powstańców Śląskich 28/30, 53-333 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Bonair S.A., ul. Rzymowskiego 32, 02-694 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BPX S.A., ul. Powstańców Śląskich 28/30, 53-333 Wrocław i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BPX S.A., ul. Powstańców Śląskich 28/30, 53-333 Wrocław tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa, dalej zwany także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup oraz wdrożenie oprogramowania do zarządzania aktywami finansowymi” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 10 marca 2016 r. wykonawcy zostali poinformowani o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Bonair S.A., ul. Rzymowskiego 32, 02-694 Warszawa, który to wykonawca dalej zwany „Przystępującym” skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, druga oferta została złożona przez wykonawcę BPX S.A., ul. Powstańców Śląskich 28/30, 53-333 Wrocław, który to wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, a ponadto Zamawiający poinformował iż oferta jako złożona przez wykonawcę wykluczonego podlega odrzuceniu. Od tej czynności Zamawiającego wykonawca ten, dalej zwany także „Odwołującym lub BPX” złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu :

- 1) naruszenie art. 27 ust. 2 ustawy poprzez brak uzyskania od BPX S.A. potwierdzenia otrzymania wiadomości o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i uznanie, iż BPX S.A. to wezwanie skutecznie otrzymała, podczas gdy dostarczenie takie nie miało miejsca, co skutkowało przekroczeniem przez BPX S.A. terminu do uzupełnienia żądanych dokumentów, a następnie odmową przywrócenia terminu do uzupełnienia dokumentów przez BPX S.A. i odrzuceniem oferty BPX S.A. z przyczyn formalnych, co stanowi także naruszenie zasady ogólnej, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy tj. równego traktowania stron postępowania,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 4) naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 i ust. 3 ustawy poprzez ograniczenie jawności postępowania, tj. przekazanie BPX S.A. części oferty Bonair S.A., zastrzeżonej wcześniej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w dniu 14 marca 2016 r. pomimo, iż odtajnienie nastąpiło już po upływie terminu do wniesienia odwołania tj. 26 lutego 2016 r. oraz uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa całości wyjaśnień Bonair S.A. w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny poprzez brak udostępnienia BPX S.A. na jej wniosek wyjaśnień Bonair S.A. uzasadniających uznanie w/w wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) przywrócenie terminu do uzupełnienia dokumentów przez BPX S.A.;
- 2) ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty BPX S.A.;
- 3) odrzucenie oferty Bonair S.A. w Warszawie;
- 4) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a w przypadku uznania, że żadna z ofert niepodlegających odrzuceniu nie spełnia wymagań SIWZ, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Nadto wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pani M.P.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego stanowiska Odwołującego iż nie otrzymał on wezwania do uzupełnienia dokumentów oferty, którego niewykonanie było podstawą wykluczenia z postępowania, podał iż pismem z dnia 02 marca 2016 r. wysłanym na adres mailowy BPX S.A., Zamawiający wezwał BPX S.A. do uzupełnienia braków formalnych oferty. W wezwaniu Zamawiający wskazał BPX S.A. termin do uzupełnienia w/w braków tj. 08 marca 2016 r. do godz. 12.00. Jednakże wiadomość zawierająca w/w pismo nie dotarła w sposób skuteczny do BPX S.A., jej odbiór nie został potwierdzony przez BPX S.A. Spółka nie miała świadomości, iż została wezwana do uzupełnienia braków i żadnego wezwania się nie spodziewała. Zamawiający dotychczas w przypadku wzywania wykonawcy BPX zawsze kontaktował się z Odwołującym w formie telefonicznej, aby uzyskać potwierdzenie odebrania wiadomości. W tym przypadku jednak, pomimo braku potwierdzenia odbioru pisma przez BPX S.A., Zamawiający nie skontaktował się ze Spółką BPX. Kontakt ze strony Zamawiającego w sprawie potwierdzenia tego wezwania nastąpił po raz pierwszy w dniu 08 marca 2016 r., już po upływie terminu do uzupełnienia braków. W związku z tą informacją BPX S.A. wystąpiła do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów, który miał na celu przywrócenie terminu, który już upłynął. Zamawiający nie przychylił się do wniosku BPX S.A. i terminu nie przywrócił.

W drugim zarzucie Odwołujący podniósł kwestę, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego pomimo tego iż złożona oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wskazał, że ze złożonej przez Przystępującego oferty nie wynika, że w jej zakresie mieści się dokonanie wdrożenia, które obejmowałoby system SAP, już działający u Zamawiającego. Przystępujący wskazała jedynie na licencje: AVS, Microsoft Dynamics AX 2012 Server i 1 stanowisko komputerowe, Microsoft Dynamics AX 2012 na 1 stanowisko komputerowe, Microsoft SQL Server 2014 Standard Edition+ Software Assurance Pack i licencję Microsoft SQL 2014 CAL + Software Assurance Pack oraz na „wytworzenie oprogramowania dedykowanego do obsługi wymiany danych”, bez określenia, że licencje i oprogramowanie spełniają warunki SIWZ - możliwość integracji z

systemem SWEZ, który już u Zamawiającego funkcjonuje, a który oparty jest na systemie SAP.

W kolejnym zarzucie dotyczącym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę podał, że oferta złożona przez Bonair S.A. zawierała cenę realizacji zamówienia w wysokości 1.440.075,39 zł brutto, natomiast cena określona przez BPX S.A. to 5.390.957,16 zł brutto. Z powyższego wynika, iż cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie Bonair S.A. w sposób znaczący odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia jak i od ceny zaproponowanej w drugiej ofercie. Z tego powodu, Zamawiający, co wynika z dokumentacji postępowania, wszczął obligatoryjne postępowanie wyjaśniające celem ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Bonair S.A. udzieliła Zamawiającemu wyjaśnień w tym zakresie, natomiast nie zostały one udostępnione BPX S.A.

Odwołujący odnosząc się do szczegółów specyfikacji zamówienia, wskazanych w załączniku Nr 1 do Umowy, stanowiącej integralną część SIWZ podał, że w części **Wdrożenie**, niedoszacowano:

a) pkt 1c - w ocenie BPX S.A. nie jest możliwe przygotowanie w tak krótkim czasie (tj. 90 dni) i w tak niskim budżecie interfejsu zapewniającego kompletną wymianę danych pomiędzy systemem zewnętrznym (innym niż SAP) a systemem SAP użytkowanym przez Zamawiającego. Według BPX S.A. prace, dotyczące przygotowania takiego interfejsu, wymagają, m.in.:

- i. wypracowania wspólnego modelu księgowego (SAP i Bonair S.A.) uwzględniającego/korygującego obecny sposób księgowania operacji na aktywach przez Zamawiającego,
- ii. przeprowadzenia migracji dotychczasowych pozycji księgowych, dotyczących aktywów do nowego modelu, który zostanie wdrożony u Zamawiającego,
- iii. opracowania i rzetelnego przetestowania interfejsu wykonanego w technologii PI.

b) pkt 4 - według BPX S.A. w ofercie wybranego Wykonawcy nie zostały uwzględnione szkolenia w zakresie obsługi całościowego rozwiązania (system zewnętrzny w połączeniu z użytkowanym przez ZUS systemem SAP), a oferowane są wyłącznie szkolenia, dotyczące obsługi systemu przez Bonair S.A. oferowanego.

c) pkt 5 - według BPX S.A., wybrany Wykonawca w sposób znaczący nie doszacował prac, związanych z konfiguracją modułów SAP posiadanych przez Zamawiającego. Integracja systemu zewnętrznego z użytkowanymi przez ZUS modułami - m.in. FI, CO, FM, ponadto dostosowanie standardowego Business Contentu w SAP BI do raportowania danych przekazywanych z systemu, oferowanego przez Wykonawcę. Wykonawca, zgodnie z treścią jego oferty, zdaje się nie być świadomym zasad integracji z systemem SAP za

pośrednictwem SAP PI - która jest czaso- i pracochłonna - w szczególności w kontekście bardzo rygorystycznej polityki bezpieczeństwa funkcjonującej u Zamawiającego.

d) pkt 6 - według BPX S.A., wybrany Wykonawca znacząco nie doszacował prac związanych z „pełną integracją oferowanego oprogramowania z rozwiązaniem SWEZ”. Wykonawca przygotował wycenę i ofertę na podstawie bardzo uproszczonych założeń - co w efekcie może spowodować dostarczenie rozwiązania niezgodnego z wymogami SIWZ, jak również nie zaspokoi najważniejszych potrzeb biznesowych Zamawiającego (np. uniemożliwienie Zamawiającemu z korzystania ze wszystkich funkcjonalności obecnej, zintegrowanej architektury rozwiązań IT, dodatkowe źródła danych raportowych, niejednolita platforma raportowa, itd.).

e) pkt 7 - zapewnienie „*Wszelkie zmiany, które mają być wykonane w rozwiązaniu SWEZ (m.in.: SAP ERP, SAP NetWeaver BW, SAP NetWeaver PI), a wynikające z integracji ze SWEZ, lub jakiegokolwiek rozszerzenia oferowanego oprogramowania po stronie SWEZ, muszą być zrealizowane przez Wykonawcę.*” jest związane z działaniem na już wdrożonym u Zamawiającego rozwiązaniu SAP, który jest systemem kompleksowym, czego wybrany Wykonawca nie uwzględnił w swojej ofercie. Wykonawca nie uwzględnił również specyfiki rozwiązania SAP dla jednostek budżetowych.

f) pkt 8 - wysoko prawdopodobne jest, iż wybrany Wykonawca nie jest świadomy bądź też nie wziął pod uwagę podczas wyceny swojej oferty faktu, iż SAP BI jest główną platformą raportową, wykorzystywaną przez ZUS, w związku z czym ilość raportów koniecznych: do dostosowania podczas wdrożenia lub do stworzenia w oparciu o standardowy Business Content podczas wdrożenia, jest znaczna i czas ich opracowania, a w związku z tym koszty są również znaczne.

Ponadto w ocenie BPX S.A. wybrany Wykonawca w ustalaniu ceny swojej usługi pominął następujące, konieczne do wykonania, prace:

- a) konfiguracja danych podstawowych po stronie SAP (dostawcy, odbiorcy, konta KG, zestaw wglądów w standardowe raporty SAP, umożliwiających wgląd w dane o transakcjach finansowych - analityka),
- b) model danych po stronie SAP BI (ekstraktor, kostki, wglądy raportów),
- c) dodatkowa konfiguracja SAP Cash Management,
- d) dokumentacja przed- i powdrożeniowa dla powyższych punktów,
- e) szkolenia SAP dla powyższych punktów (merytoryczne dla użytkowników biznesowych i techniczne dla administratorów).

Według BPX S.A. oferta wybranego Wykonawcy nie uwzględnia również konieczności utrzymania rozwiązania w zakresie dotyczącym kwestii, poruszonych powyżej w punktach A. i B. w obowiązkowym 36 - miesięcznym okresie wsparcia. Szacowana przez BPX S.A.

pracochłonność po stronie zmian w SAP w trakcie trwania okresu serwisu (36 miesięcy) wynosi:

- a) Obszar SAP PI: 2 roboczodni miesięcznie,
- b) Obszar SAP BW: 3 roboczodni miesięcznie,
- c) Obszar SAP FI: 1 roboczodzień miesięcznie.

Reasumując powyższe stwierdził, że cena wskazana przez wybranego Wykonawcę była znacząco niższa zarówno od ceny zaproponowanej przez BPX S.A., od ceny jaką przeznaczył na tą usługę Zamawiający, a przede wszystkim odbiegała od cen rynkowych, wobec czego Zamawiający zobowiązany był ofertę taką odrzucić. Cena jaką zaoferował Przystępujący w swojej ofercie nie pokrywa kosztów jakie poniesie on przy wykonywaniu zamówienia, co będzie skutkowało stratami po jego stronie, a także niewykonaniem zamówienia.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 i ust. 3 ustawy, poprzez ograniczenie jawności postępowania, oraz uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa całości wyjaśnień Bonair S.A. w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny i brak udostępnienia BPX S.A., na jej wniosek, wyjaśnień Bonair S.A. uzasadniających uznanie w/w wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa podniósł, że już po wyborze oferty najkorzystniejszej, BPX S.A. wniosła o udostępnienie dokumentów postępowania, w tym zwłaszcza złożonych ofert. W dniu 17 marca 2016 r. pracownik BPX S.A. M.K. zapoznał się z aktami postępowania. Zgodnie z notatką z tej czynności nie zostały udostępnione elementy mające wpływ na cenę Wykonawcy, w tym przede wszystkim, złożone przez Bonair S.A. wyjaśnienia w postępowaniu dotyczącym ustalenia występowania rażąco niskiej ceny, zastrzeżone jako tajemnica handlowa. BPX S.A. nie otrzymała dostępu nie tylko do wycen Bonair S.A. ale także, co niewątpliwie stanowi naruszenie zasady jawności, do uzasadnienia Bonair S.A. objęcia tych danych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Nadto dodał, że Zamawiający odtajnił część oferty Przystępującego już po wyborze najkorzystniejszej oferty, a wcześniej odtajnionej części nie przekazał bezpośrednio po odtajnieniu, Odwołującemu. Takie działanie Zamawiającego polegające na nie udostępnieniu jednemu z Wykonawców zastrzeżonych niezasadnie części oferty innego z Wykonawców niezwłocznie po ich odtajnieniu, a dopiero po wyborze oferty, stanowi naruszenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie jako niezasadnego. Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie zarzutów odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów skierowane do odwołującego z dnia 2 marca 2016 roku, odwołania, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba uznała, że pomimo występujących wątpliwości co do objęcia zarzutami odwołania wszystkich czynności Zamawiającego mających wpływ na możliwość przywrócenia Odwołującego do postępowania w razie ich uwzględnienia, że Odwołujący wnosząc odwołanie spełniał wymogi z art. 179 ust.1 Pzp. Ustalono także, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Za istotną dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania należało poddać ocenie kwestię, czy wnoszący odwołanie objął zarzutami te czynności Zamawiającego, które w szczególności determinują możliwość dalszego udziału Odwołującego w postępowaniu, a tym samym czy dają mu potencjalną szansę na uzyskania danego zamówienia. W tym postępowaniu Zamawiający informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 09.03.2016 roku odnośnie oferty BPX S.A. stwierdził, że *wykluczono wykonawcę na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu*. Ponadto Zamawiający stwierdził (niewątpliwie błędnie), że oferta wykonawcy została odrzucona w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

Analizując zarówno komparycję odwołania, gdzie sprecyzowano zarzuty, jak i jego uzasadnienie stwierdzić należy, że Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu choćby jednym zdaniem faktu jego wykluczenia z postępowania. Nie sformułował także żądania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie zakwestionował także podstawy faktycznej odrzucenia oferty. W oparciu o przepis art. 192 ust.7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów nie sformułowanych w odwołaniu. Izba nie może także z treści odwołania wyinterpretować za Odwołującego zarzutów których podniesienie w danym odwołaniu należałoby uznać za wskazane. Z treści odwołania należy wywieść iż odwołanie

było nakierowane na unieważnienie postępowania. Odwołujący w wymienionym na wstępie żądaniu wnosił o nakazanie Zamawiającemu w przypadku uznania, że żadna z ofert niepodlegających odrzuceniu nie spełnia wymagań SIWZ, unieważnienia tego postępowania, widząc swój interes w możliwości wzięcia udziału w ponownie ogłoszonym postępowaniu przetargowym.

Dodać należy także, że w sytuacji wykluczenia wykonawcy z postępowania jego oferta zostaje z mocy prawa (art. 24 ust.4 Pzp) uznana za odrzuconą. Dlatego też nie może mieć miejsca w takiej sytuacji powoływanie się na przepis art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

W tym zakresie podkreślić należy, że ustawodawca rozróżnia ofertę odrzuconą i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą. Instytucja wykluczenia wykonawcy ściśle wiąże się z uchybieniami związanymi z właściwościami podmiotu, który złożył ofertę, zaś instytucja odrzucenia oferty - ze stroną przedmiotową oferty (przedmiotem świadczenia). W oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 5 możliwość odrzucenia oferty odnosi się do tzw. postępowań wieloetapowych. W postępowaniach wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrębnie ocenę ofert, to wykluczenie wykonawcy/niezaproszenie do złożenia oferty/ z postępowania na etapie oceny wniosków, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty takiego wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Tym samym rozwiązanie zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 5 należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty. Przepisu tego nie stosuje się do postępowania jednoetapowego, jak to ma miejsce w tym postępowaniu – prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Odrzucenie oferty w postępowaniach jednoetapowych jest skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, a *contrario* uchylenie czynności Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z mocy prawa powoduje, że oferta tego wykonawcy przestaje być również z mocy prawa ofertą odrzuconą.

Dlatego też warunkiem dalszego udziału wykonawcy w postępowaniu jest unieważnienia czynności jego wykluczenia z postępowania, a nie uznania złożonej oferty za odrzuconą. W tym postępowaniu całość argumentacji jest skierowana na niezasadne odrzucenie oferty w sytuacji, kiedy faktycznie odrzucenie oferty nie miało miejsca, a tylko oferta została uznana za odrzuconą. Pomimo powyższego Izba dokonała merytorycznej oceny zarzutów odwołania, a w uzasadnieniu wyroku wskazała motywy takiego postępowania.

Przechodząc do oceny zarzutu pierwszego, dotyczącego nieskutecznego doręczenia Odwołującemu wezwania z dnia 2 marca 2016 roku oraz odmowy przywrócenia terminu wskazać należy iż Zamawiający wnosił o oddalenie tego odwołania twierdząc, że w oparciu o posiadane przez niego dowody nastąpiło skuteczne doręczenie wezwania do uzupełnienia

dokumentów oferty, skierowanego w trybie przepisu art. 26 ust.3 Pzp. Z przedłożonych przez Zamawiającego wydruków z poczty internetowej (których treść nie była kwestionowana przez Odwołującego), zdaniem Izby w sposób jednoznaczny wynika, że w dniu 2 marca 2016 roku Zamawiający wysłał do Odwołującego mail – wezwanie do uzupełnienia dokumentów, podając termin uzupełnienia - do dnia 8 marca 2016 roku. Zamawiający wskazał także iż kolejnym dowodem potwierdzającym, że w dniu 2 marca 2016 r. doszło do transmisji korespondencji na adres e-mail należący do Odwołującego, jest wydruk ze strony serwera Zamawiającego z której wynika, że w dniu 02.03.2016 r. o godz. 15:05:12 sek. doszło do dostarczenia wiadomości e-mail na przywołany adres e-mailowy Odwołującego. Wskazuje na to zwrot z wydruku o treści „deliver message normally” potwierdzający, że wiadomość została przyjęta przez serwer odbiorcy.

Potwierdza to także korespondencja mailowa pomiędzy pracownikiem Zamawiającego i Odwołującego z dnia 8 marca 2016 r. Z pierwszego maila (biorąc pod uwagę godz. transmisji) wynika, iż pracownik Odwołującego zwraca się z prośbą o wydłużenie terminu do złożenia dokumentów w przedmiotowym postępowaniu i prosi aby ponownie wysłać pismo - wezwanie do uzupełnienia, *jednakże aby tym razem zostało ono wysłane bezpośrednio „na mój adres”*, czyli na adres mailowy M.P.. Drugim mailem był mail skierowany przez pracownika ZUS – M.B. do pani M.P. w którym w odpowiedzi na prośbę o wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów pracownik ZUS stwierdza, *„Rozumiem, że do firmy dotarło, ale nie do pani bezpośrednio”*. W odpowiedzi na ten mail o godz. 14:31 otrzymano odpowiedź od pracownika odwołującego M.P., która stwierdza: *„Tak, bardzo przepraszam za problem. Czy byłaby możliwość przesunięcia terminu na uzupełnienie tych dokumentów”*.

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że niewątpliwym jest, że przesłane wezwanie dotarło do Odwołującego w dniu 2 marca 2016 roku, a tylko z przyczyn organizacyjnych, leżących po stronie Odwołującego, nie podjął on w odpowiednim terminie działań, które stanowiłyby odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do uzupełniania dokumentów.

Takich ustaleń nie kwestionował także sam Odwołujący, którego pełnomocnik po przedstawieniu powyższego stanu faktycznego, na rozprawie stwierdził, że *„biorąc pod uwagę literalną treść tej korespondencji mailowej, należałoby wywieść, że pismo takie dotarło do odwołującego, jednakże nie dotarło do osoby odpowiadającej za to postępowanie”*.

Ponadto Izba wskazuje, że w obecnym stanie prawnym brak jest możliwości przyjęcia domniemania, że jeśli wykonawca nie potwierdzi faktu otrzymania stosownego pisma od zamawiającego, w sytuacji kiedy zamawiający żądał takiego potwierdzenia, to należy uznać, że doręczenie nie miało miejsca. Przyjęcie takiego stanowiska, bez dalszych uregulowań prawnych, mogłoby prowadzić do paraliżu postępowań przetargowych, gdyż wezwany

wykonawca mógłby celowo uchylać się o przesyłania potwierdzenia otrzymania wezwania zamawiającego.

Oceniając powyższe w świetle przepisu art 61 § 2 kodeksu cywilnego w zw. a art. 14 Pzp dla skuteczności oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej i e-mail trafił na serwer pocztowy odbiorcy (por. wyrok KIO z 11 lutego 2014 r. sygn. KIO 110/14; z dnia 12.06.2015 r. KIO 1098/15).

Ponadto zwrócić należy uwagę na kwestię iż Odwołujący w przedmiotowym zarzucie kwestionował odmowę Zamawiającego *przywrócenia terminu do uzupełnienia dokumentów przez BPX S.A.* Jednakże uszło uwadze Odwołującego, że ustawa Pzp poza zakresem dot. postępowania odwoławczego i wnoszenia skargi na orzeczenie KIO (art. 185 ust. 7 i 198a ust. 2 Pzp), do których stosuje się przepisy kpc, nie zna instytucji przywrócenia terminu. W sytuacji uznania nieprawidłowego wezwania wykonawcy do dokonania określonej czynności, Izba może nakazać Zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy do jej dokonania. Natomiast brak jest podstaw prawnych do nakazania przywrócenia terminu do dokonania czynności, dla której wykonania upłynął już termin wskazany w wezwaniu. Dlatego też brak było możliwości prawnych do przywrócenia terminu zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Tym samym Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp uznając, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. tych dokumentów w terminie nie uzupełnił. Nadto Zamawiający słusznie nie przychylił się do wniosku Odwołującego o wydłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów, gdyż wniosek ów wpłynął już po upływie terminu do uzupełnienia dokumentów.

W związku z nieuwzględnieniem powyższego zarzutu, a także biorąc pod uwagę stanowisko dotyczące niezakwestionowania przez Odwołującego jego wykluczenia z postępowania, ocena dalszych zarzutów nie ma wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust.2 Pzp), gdyż zasadnie wykluczony wykonawca z postępowania nie może ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednakże biorąc pod uwagę fakt rozpatrzenia przez Izbę wszystkich podniesionych zarzutów Izba podaje w skrócie dokonaną ocenę pozostałych zarzutów odwołania..

W zarzucie drugim Odwołujący wskazał na nieodrzuconie oferty Przystępującego w sytuacji kiedy oferta tego wykonawcy jako niezgodna z treścią SIWZ winna zostać odrzucona. Zamawiający w odpowiedzi na ten zarzut wskazał, że Odwołujący w tym zarzucie ograniczył się jedynie do ogólnego stwierdzenia, że złożonej przez spółkę Bonair SA oferty nie wynika, że w jej zakresie mieści się dokonanie wdrożenia, które obejmowałoby system SA, już działający u Zamawiającego”, a nadto, że oferta nie określa, że „ze licencje i

oprogramowanie spełniają warunki SIWZ - możliwość integracji z systemem SWEZ, który już u Zamawiającego funkcjonuje, a który oparty jest na systemie SAP". Podkreślił także, że zarzut w tym zakresie nie został poparty jakimikolwiek dowodem, a nadto nie znajdują żadnego potwierdzenia w treści oferty Przystępującego, który przygotował ofertę zgodnie z formularzem oferty, określonym w załączniku nr 1 do SIWZ.

Powyższy zarzut Izba uznała za sformułowany blankietowo. Nie wskazano żadnych dowodów mogących potwierdzać jego zasadność, a ponadto w formularzu ofertowym Zamawiający nie przewidział konieczności składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń dotyczących zakresu wdrożenia oraz potwierdzenia, że oferowane licencje umożliwiają integrację z systemem SWEZ. Dlatego też zarzut ten nie mógł zostać uznany za zasadny.

W kolejnym zarzucie Odwołujący kwestionował ustalenia Zamawiającego, że złożona oferta Przystępującego nie zawiera ceny rażąco niskiej. Odwołujący powyższe stanowisko w odniesieniu do ceny oferty Przystępującego wywodził z porównania jej ceny do wartości oszacowania tego zamówienia. Odwołujący niewątpliwie powyższy zarzut odnosił nie do całości ceny oferty – co podlega badaniu i ocenie Izby, lecz do kwestionowania tylko jej części – zaniżonej wyceny kosztu integracji oferowanych licencji z oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego.

Jednakże w tym zakresie wskazać należy, że Zamawiający biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia jak i cenę ofertową wskazaną w ofercie Przystępującego zwrócił się w dniu 9 lutego 2016 r. do Przystępującego o wyjaśnienie w jaki sposób cena oferty została wyliczona, oraz jakie elementy miały wpływ na takie jej skalkulowanie. Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia stwierdził, że Przystępujący złożył bardzo szczegółowe wyjaśnienia, które wraz z załączonymi dowodami, zdaniem Zamawiającego jednoznacznie potwierdzały, że jest możliwe wykonanie tego zamówienia za zaoferowaną kwotę. Zamawiający oponując przeciwko zasadności tego zarzutu wskazał iż w obu ofertach inaczej wyceniono kilka elementów kosztowych mający istotny wpływ na taką, a nie inną cenę zaoferowaną przez wykonawców. Podkreślił, że największe rozbieżności wynikają z wyceny kosztów licencji, które wykonawcy zamierzają nabyć dla wykonania tego zamówienia. Odwołujący koszt tych licencji wycenił na 3 136 932zł, natomiast przystępujący na kwotę 713 145zł. Sama kwota kosztu nabycia licencji nie była kwestionowana przez odwołującego w odwołaniu. Zamawiający podał także iż stwierdzić należy, że Przystępujący oferuje w zakresie integracji rozwiązania autorskie oparte na bazie oprogramowania Microsoft, natomiast Odwołujący opiera to rozwiązanie na bazie licencji SAP AG. Kwestionowaniu w odwołaniu podlega koszt integracji oprogramowań licencyjnych Przystępującego z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego, czyli koszt doprowadzenia do kompatybilności pomiędzy oprogramowaniem oferowanym i posiadanym przez Zamawiającego. Jak wynika z analizy treści formularza ofertowego również w tym

zakresie jest znacząca różnica po stronie kosztów podanych przez Odwołującego i Przystępującego. Odwołujący ustalił ten koszt na kwotę 1 543 000 zł, natomiast Przystępujący na kwotę 166 000 zł. Z złożonych wyjaśnień Przystępującego wynika także iż w sytuacji, kiedy proces integracji opiera na rozwiązaniach autorskich to, jest on w stanie przy mniejszej ilości roboczogodzin wykonać tę integrację, natomiast Odwołujący opierając się w całości na nabywanym oprogramowaniu, potrzebuje zdecydowanie większą ilość roboczogodzin na wykonanie procesu integracji.

Ponadto za Zamawiającym wskazać należy iż Odwołujący niezasadnie przyjmuje zakres niezbędnej integracji oferowanego oprogramowania oraz konfiguracji oprogramowania SAP posiadanego przez Zamawiającego. Przyjmuje on znacznie szerszy zakres, aniżeli wynika to z SIWZ. Odwołujący zakłada integrację oraz konfigurację w zakresie całego oprogramowania SAP, o oparciu o które zbudowany jest System Wspomagania Ekonomiki Zakładu (SWEZ). Odwołujący pomija szereg postanowień SIWZ oraz jego modyfikacji, które wskazują jednoznacznie na to, że przedmiot zamówienia nie dotyczy szerokiego spektrum działalności Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a jedynie części dotyczącej zarządzenia środkami finansowymi Funduszu Rezerwy Demograficznej (FRD).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny, gdyż z analizy wyjaśnień Przystępującego dotyczących elementów kalkulacji mających wpływ na takie ukształtowanie ceny oferty uznała, iż za zaoferowaną cenę, Przystępujący jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

W kolejnym zarzucie Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie jawności postępowania, oraz brak udostępnienia Odwołującemu na jej wniosek, wyjaśnień Przystępującego Bonair S.A. uzasadniających uznanie w/w wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym zakresie wskazać należy, że podniesienie tego zarzutu nastąpiło w kontekście ceny oferty Przystępującego wraz z równoczesnym podniesieniem zarzutu rażąco niskiej ceny tejże oferty. Takie łączne postawienie zarzutów powoduje ich wzajemną sprzeczność. Otóż dokonanie rozstrzygnięcia przez Izbę zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty, powoduje brak możliwości uwzględnienia zarzutu niezasadnego ograniczenie jawności postępowania, nawet gdyby okazał się zasadny. Poczynione w tym zakresie ustalenia Izby nie mają wpływu na wynik postępowania, ponieważ zarzut dot. rażąco niskiej ceny został już rozstrzygnięty przez Izbę i ewentualne uchylene tajemnicy przedsiębiorstwa nie spowoduje możliwości ponownej oceny czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską – przepis art. 192 ust.2 Pzp. Jednakże Izba po dokonaniu na rozprawie oceny tego zarzutu uznała jego niezasadność. Informacje zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego spełniały wymogi, aby uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący