

**Sygn. akt: KIO 2184/16**

**WYROK**

**z dnia 1 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Aleksandra Zielonka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2016 r. przez **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie,**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących:

- unieważnienia postępowania w zakresie zadań 4 i 6,
- zaniechania odrzucenia ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.P.N. PROMISE S.A., Enigma System Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S.A., Asseco Poland S.A., Qumak S.A. w zakresie zadań 4 i 6 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 ustawy Pzp,

i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań 4 i 6,
- powtórzenie badania i oceny ofert w zakresie zadań 4 i 6, w tym odrzucenie ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.P.N. PROMISE S.A., Enigma System Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S.A., Asseco Poland S.A., Qumak S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 ustawy Pzp;

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3. Kosztami postępowania obciąża 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie na rzecz S&T Services Polska Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu informatycznego*.

W dniu 18 listopada 2016 r. wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 4,5 i 6 oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez konsorcjum A.P.N. PROMISE S.A., Enigma System Ochrony Informacji Sp. z o.o. w zadaniach 4,5 i 6 i Konsorcjum Asseco Data Systems S.A., Asseco Poland S.A., Qumak S.A. w zadaniach 4,5 i 6. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 9 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie zadań 1, 2, 4, 5 i 6, uzasadniając to przekroczeniem przez najkorzystniejsze oferty kwot, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego w zakresie zadań 4, 5 i 6 stoi w sprzeczności z ustawą i wynika z błędnej oceny ofert, wskazane przez Zamawiającego ceny najkorzystniejszych ofert dotyczą bowiem ofert, które powinny zostać odrzucone. Po odrzuceniu ofert Konsorcjum A.P.N. PROMISE oraz Konsorcjum Asseco, najkorzystniejsza oferta w zadaniu 4 ma cenę: 1.022.243,66 zł, a kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zadaniu 4 to 1.035.672,42 zł, zatem najkorzystniejsza oferta jest o 13.428,76 zł niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W zadaniu 6, po odrzuceniu ofert Konsorcjum A.P.N. PROMISE oraz Konsorcjum Asseco, najkorzystniejszą ofertą będzie oferta Odwołującego, z ceną 3.067.321,07 zł, natomiast kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zadania 6 to 3.480.474,08 zł, zatem najkorzystniejsza oferta jest o 413.153,01 zł niższa od budżetu Zamawiającego. Wobec powyższego, przesłanka określona w art 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania.

W odniesieniu do zadania 5 Odwołujący podniósł, że po odrzuceniu ofert Konsorcjum A.P.N. PROMISE oraz Konsorcjum Asseco, najkorzystniejszą ofertą zostanie oferta Odwołującego. Mając na uwadze fakt, że w zadaniu nr 4 i 6 Zamawiający zaoszczędzi 426.581,77 zł, Zamawiający będzie mógł przesunąć zaoszczędzone środki do zadania 5. Zdaniem Odwołującego, przed unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt

4 ustawy Pzp Zamawiający powinien zbadać, czy jest w stanie zwiększyć środki przeznaczone na realizację zamówienia, uwzględniając wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności zmianę swoich możliwości finansowych z uwagi na poczynione oszczędności. Jako że Zamawiający nie dokonał odrzucenia ofert Konsorcjum A.P.N. PROMISE oraz Konsorcjum Asseco i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, nie rozważał także możliwości przesunięcia zaoszczędzonych w ten sposób środków na inne zadania. Odwołujący podkreślił, że w zadaniu 3 Zamawiający zwiększył kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, mimo że cena oferty najkorzystniejszej przekraczała kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał wskazania terminu wykonania zamówienia poprzez podanie liczby dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy, jednak nie później niż do 23 grudnia 2016 r. (rozdział IV pkt 1. SIWZ). Zamawiający nadał terminowi realizacji zamówienia wagę 40% w opisie kryteriów oceny ofert (rozdział XIV pkt. 1.2.), natomiast pozostałym kryterium jest cena (waga 60%). Z rozkładu wagi kryteriów oceny ofert wynika, że istotne znaczenie ma termin realizacji zamówienia, co oznacza, że oferta droższa może być korzystniejsza od oferty tańszej, jeżeli przewiduje krótszy czas realizacji zamówienia.

Odwołujący podał, że Konsorcjum A.P.N. PROMISE oraz Konsorcjum Asseco zaoferowały realizację umowy w 1 dzień kalendarzowy, co – zdaniem Odwołującego – jest terminem nierealnym i tym samym stanowi czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i zagraża oraz narusza interes innego przedsiębiorcy, tj. interes wykonawców, którzy podali realny czas realizacji zamówienia, ponieważ uwzględniając bardzo wysoką wagę tego kryterium eliminuje ich z udziału w postępowaniu i pozbawia realnej możliwości uzyskania zamówienia. Narusza to także interes Zamawiającego, ponieważ byłby on zmuszony do wyboru oferty mniej korzystnej ekonomicznie i zawarcia umowy mniej korzystnej ekonomicznie bez uzyskania przewidzianych przez siebie korzyści.

W ocenie Odwołującego, oferta przewidująca nierealny czas realizacji umowy stanowi ofertę zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe, która będzie nieważna na podstawie przepisów KC i tym samym wypełnia przesłankę art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp obligującą Zamawiającego do odrzucenia ofert Konsorcjum A.P.N. PROMISE oraz Konsorcjum Asseco.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na wagę kryterium oceny ofert podanie nierealnego terminu realizacji umowy miało na celu wyłącznie zdobycie większej liczby punktów i uzyskanie zamówienia. Jednocześnie Wzór Umowy ustalał wysokość kary umownej za opóźnienie w dostawie na niewygórowanym poziomie oraz przewidywał ograniczenie kar

umownych z tego tytułu do 20% wartości zamówienia, zatem wykonawcy byli w stanie z góry uwzględnić koszt kary umownej w cenie oferty, którą odpowiednio zawyżyli (§ 8 pkt 1. 4b Wzoru Umowy: „0,5% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy w terminie za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, ale nie więcej niż 20% wartości brutto przedmiotu umowy”).

Nierealność wskazanego 1-dniowego terminu realizacji zamówienia od dnia zawarcia umowy wynika – zdaniem Odwołującego – ze specyfiki zamówienia, jego zakresu oraz przedmiotu, a także postanowień umowy, które wprost wykluczają możliwość realizacji zamówienia w ciągu 1 dnia kalendarzowego od zawarcia umowy. Ponadto, realizacja zamówienia związana jest z procedurami określonymi przez dystrybutorów i producentów, w tym np. w zakresie licencji Blancco 5, które dystrybutor po realizacji całej procedury przyjęcia i realizacji zamówienia, wysłała do Polski poprzez kuriera. Zadania 4, 5 i 6 dotyczą licencji na oprogramowanie tych samych producentów (zadanie 4 – VMware, Microsoft, McAfee i Veeam, zadanie 5 – VMware, Microsoft, McAfee i Veeam, zadanie 6 – VMware, Microsoft, McAfee, Veeam, Blancco oraz Splunk). Zarówno Konsorcjum A.P.N. PROMISE jak i Konsorcjum Asseco nie są producentami oprogramowania, którego dotyczą licencje będące przedmiotem zamówienia. Dostarczenie licencji VMWare, Blancco, McAfee, Veeam i Splunk, odbywa się wyłącznie przez dystrybutorów. Doświadczenia Odwołującego oraz informacje uzyskane od dystrybutorów potwierdzają, że nie jest możliwa realizacja przedmiotu umowy w ciągu 1 dnia kalendarzowego. Terminy dodatkowo ulegają wydłużeniu, gdy zamówienia objęte jest cenami specjalnymi (jak w niniejszym postępowaniu) z uwagi na konieczność potwierdzenia w ramach systemów produkcyjnych przyznanym rabatów i umożliwienia udzielenia licencji na określonych warunkach handlowych. Zdaniem Odwołującego przykładowa procedura uzyskania licencji wygląda następująco:

- 1) Wysłanie zamówienia do dystrybucji;
- 2) Potwierdzenie przez dystrybucję cen specjalnych / potwierdzenie warunków specjalnych;
- 3) Rozpoczęcie procesowania zamówienia;
- 4) Potwierdzenie zamówienia i rozpoczęcie generowania licencji;
- 5) Przesłanie licencji do wykonawcy;
- 6) Możliwość realizacji zamówienia (poinformowanie klienta, przekazanie licencji/ kluczy).

Oznacza to, że wykonanie zamówienia w tak krótkim czasie jest obiektywnie niemożliwe i zostało wskazane wyłącznie na potrzeby manipulowania punktacją w pozacenowym kryterium oceny ofert o wadze 40% w celu uzyskania możliwie największej liczby punktów bez faktycznego zamiaru i możliwości wykonania zamówienia w tym terminie, pozwalającej mu na uzyskanie zamówienia pomimo zaoferowania wyższej ceny. Przy zaoferowaniu nierealnego terminu realizacji zamówienia wykonawcy uzyskają maksimum

punktów, podczas pozostali, nawet oferujący krótkie, ale rynkowe i zgodne z umową terminy realizacji, uzyskają w tym kryterium bardzo małą liczbę punktów. Zaoferowanie bardzo krótkiego terminu przez jednego wykonawcę w zasadniczy sposób wpływa na liczbę punktów możliwych do uzyskania przez innych wykonawców oferujących również krótkie, ale rynkowe i zgodne z umową terminy (np. 7 dni kalendarzowych, jak w przypadku oferty Odwołującego). Takie zachowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę.

Odwołujący wskazał, że dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Prowadzi to do naruszenia interesu pozostałych wykonawców oferujących realne i zgodne z SIWZ warunki realizacji oraz składających oferty korzystne ekonomicznie, gdyż nie mają oni rzeczywistej możliwości konkutowania z wykonawcą oferującym nierealny jednodniowy termin wykonania zamówienia. Takie zachowanie w sposób ewidentny prowadzi także do naruszenia interesu Zamawiającego, ponieważ nie tylko nie uzyska on zamówienia w zadeklarowanym terminie, ale nadto poniesie koszty finansowe i ryzyko gospodarcze potencjalnego opóźnienia w dostawie, będąc zobowiązanym do zapłaty znacznie wyższej ceny niż wynikałoby to z faktycznych kosztów wykonania zamówienia z uwzględnieniem rzeczywistego, rynkowego i zgodnego z SIWZ terminu realizacji zamówienia. Powyższe stanowi – zdaniem Odwołującego – naruszenie art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powoduje, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że nierealność realizacji zamówienia w ciągu 1 dnia kalendarzowego wynika także z postanowień Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 5b do SIWZ. Zgodnie z § 3 pkt 5 Wzoru Umowy: *O terminie dostawy przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest powiadomić Zamawiającego na 7 dni przed datą dostawy. Dopuszcza się pismo przesłane za pomocą faksu na 5 dni przed datą dostawy (numer faksu: 261 885 663).* Realizacja umowy w ciągu 1 dnia kalendarzowego uniemożliwia poinformowanie Zamawiającego z wymaganym wyprzedzeniem przed datą dostawy o terminie dostawy, pomimo że taki obowiązek nakłada na wykonawcę Wzór Umowy. Termin realizacji umowy zaoferowany przez wykonawcę nie mógł pozostawać w sprzeczności z wymaganiami SIWZ, które ustalały powyższe terminy minimalne. Odwołujący wskazał, że

obowiązek informacyjny oraz obowiązek dostawy powstawał po zawarciu umowy. Zdaniem Odwołującego, zaoferowanie terminu 1 dniowego jest wprost sprzeczne z brzmieniem wiążącego wykonawców Wzoru Umowy i nie pozwala przyjąć, że zamówienie może zostać zrealizowane w tym terminie. Zaoferowanie terminu nierealnego oraz sprzecznego z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ (Wzorze Umowy), uzasadnia odrzucenie oferty w związku z jej niezgodnością z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniach 4,5 i 6, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum A.P.N. PROMISE w zadaniu 4,5 i 6, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco w zadaniu 4,5 i 6 oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniach 4,5 i 6;

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 28 września 2016 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdziałem III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu informatycznego z podziałem na 7 zadań (części). Na przedmiot zamówienia składa się dostawa następującego oprogramowania:

– w zadaniu 4:

- 1) VMware vSphere Enterprise Plus wraz z 3 letnią subskrypcją wsparcia technicznego typu Production (24h/7d) szt. 8,
- 2) VMware vCenter Server Standard wraz z 3 letnią subskrypcją wsparcia technicznego typu Production (24h/7d) szt. 2,

- 3) Windows Server Datacenter 2012R2 z downgrade do Windows Datacenter 2008 R2 szt. 4,
  - 4) Windows Datacenter 2012R2 user CAL szt. 200,
  - 5) Microsoft System Center 2012 R2 szt. 2,
  - 6) MS SQL Server 2014 Enterprise z downgrade do SQL Server 2012 (licencja na 2 core) szt. 4,
  - 7) MS Exchange Server Enterprise 2013 szt. 2,
  - 8) Exchange 2013 Enterprise user CAL szt. 200,
  - 9) MS Sharepoint Server 2016 Enterprise z możliwością downgrade do MS Sharepoint Server 2013 szt. 2,
  - 10) MS Sharepoint 2016 Enterprise user CAL szt. 200,
  - 11) MacAfee ePO Server + licencje dostępne EPA (3 lata) szt. 200,
  - 12) Veeam Backup & Replication Enterprise v9 (licencja na CPU) szt. 8,
- w zadaniu 5:
- 1) VMware vSphere Enterprise Plus wraz z 3 letnią subskrypcją wsparcia technicznego typu Production (24h/7d, ilość gwarantowana szt. 68, ilość opcjonalna szt.12,
  - 2) VMware vCenter Server Standard wraz z 3 letnią subskrypcją wsparcia technicznego typu Production (24h/7d) ilość gwarantowana szt. 17 ilość opcjonalna szt. 3,
  - 3) Windows Server Datacenter 2012R2 z downgrade do Windows Datacenter 2008 R2 ilość gwarantowana szt. 34, ilość opcjonalna szt. 6
  - 4) Windows Datacenter 2012R2 user CAL ilość gwarantowana szt. 1700, ilość opcjonalna szt. 300
  - 5) Microsoft System Center 2012 R2 ilość gwarantowana szt. 17, ilość opcjonalna szt. 3
  - 6) MS Exchange Server Enterprise 2013 ilość gwarantowana szt. 17, ilość opcjonalna szt. 3
  - 7) MS Exchange 2013 Enterprise user CAL ilość gwarantowana szt. 1700, ilość opcjonalna szt. 300
  - 8) MacAfee ePO Server + licencje dostępne EPA (3 lata) ilość gwarantowana szt. 1700, ilość opcjonalna szt. 300
  - 9) Veeam Backup & Replication Enterprise v9 (licencja na CPU) ilość gwarantowana szt. 68, ilość opcjonalna szt. 12
- w zadaniu 6:
- 1) VMware vSphere Enterprise Plus szt. 48,
  - 2) VMware vSphere Enterprise Plus 3 Year Support & Subscription Production (24h/7d) szt. 48,
  - 3) VMware vCenter Server Standard szt. 8,



- 4) VMware vCenter Server Standard 3 Year Support & Subscription Production (24h/7d) szt. 8,
- 5) VMware Horizon 7 Enterprise Edition Concurrent User(CCU) +1 Year Support & Subscription Production (24h/7d) szt. 5,
- 6) Windows Server Datacenter 2012R2 z downgrade do Windows Datacenter 2008 R2 szt. 24,
- 7) Windows Datacenter 2012R2 user CAL szt. 100,
- 8) Microsoft System Center 2012 R2 szt. 2,
- 9) MS SQL Server 2014 Enterprise z downgrade do SQL Server 2012 (licencja na core) szt. 5,
- 10) MS Exchange Server Enterprise 2013 szt. 4,
- 11) MS Exchange Enterprise 2013 user CAL szt. 100,
- 12) MS Sharepoint Server Enterprise 2016 z możliwością downgrade do MS Sharepoint Server 2013 szt. 2 ,
- 13) MS Sharepoint 2016 Enterprise user CAL szt. 100,
- 14) MacAfee ePO Server + licencje dostępowe EPA (3 lata) szt. 100,
- 15) Veeam Backup & Replication Enterprise v9 (licencja na CPU) szt. 8,
- 16) Blancco 5 + Management Console szt. 1,
- 17) Blancco 5 + Support Service Plan szt. 1,
- 18) Blancco 5 + dyski HDD szt. 10 000,
- 19) Splunk Enterprise ver. 6.4.3 szt. 1,
- 20) Splunk Enterprise Security szt. 1,
- 21) Splunk Enterprise Security Support szt. 1.

W rozdziale XIV SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena – 60%, termin realizacji zamówienia – 40%. Po zmianie z 18 października 2016 r. w rozdziale XIV SIWZ znalazło się następujące zastrzeżenie: *UWAGA Wykonawca może zaoferować termin realizacji zamówienia podając go w pełnych dniach kalendarzowych np. 1 dzień. W przypadku gdy Wykonawca zaoferuje termin realizacji zamówienia w "ułamku" oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2.*

Termin wykonania umowy Zamawiający określił w rozdziale IV pkt 1 SIWZ następująco: *Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało wykonane: w terminie ..... ilość dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy (termin wynikający z oferty najkorzystniejszej), jednak nie później niż do dnia 23.12.2016 r.*

Zgodnie z załącznikiem nr 5B do SIWZ (Wzór umowy):

- O terminie dostawy przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest powiadomić Zamawiającego na 7 dni przed datą dostawy. Dopuszcza się pismo przesłane za pomocą faksu na 5 dni przed datą dostawy (§ 3 ust. 5).
- Zamawiający dostarczy do Odbiorcy kserokopie zawartych umów na co najmniej 7 dni przed dostawą (§ 3 ust. 2).
- Przyjęcie dostawy przez Odbiorcę zrealizowane zostanie w dniu roboczym, w jednym z dni od poniedziałku do piątku w godz. 8.00-13.00, oprócz dni ustawowo wolnych od pracy. W przypadku, gdy określony dzień przypada w dniu ustawowo wolnym od pracy, dostawę należy zrealizować w dniu poprzedzającym dzień wolny od pracy lub w innym terminie uzgodnionym w formie pisemnej pomiędzy Wykonawcą a Odbiorcą (§ 3 ust. 6).
- Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,5% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu umowy w terminie za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, ale nie więcej niż 20% wartości brutto przedmiotu umowy (§ 8 ust. 1 pkt 4 lit. b).

Przed otwarciem oferty Zamawiający podał kwoty, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia:

- Zadanie 4 – 1.035.672,42 zł,
- Zadanie 5 – 4.253.179,85 zł,
- Zadanie 6 – 3.480.474,08 zł.

W odniesieniu do zadania 4 zostały złożone następujące oferty:

- Towarzystwo Handlowe ALPLAST: cena 1.339.807,02 zł, termin realizacji 7 dni kalendarzowych
- Odwołujący: cena 1.022.243,66 zł, termin realizacji 7 dni kalendarzowych,
- A.P.N. Promise S.A.: cena 1.327.072,16 zł, termin realizacji 1 dzień kalendarzowy,
- Konsorcjum Asseco: cena 1.667.787,00 zł, termin realizacji 1 dzień kalendarzowy.

W odniesieniu do zadania 5 zostały złożone następujące oferty:

- Towarzystwo Handlowe ALPLAST: cena 8.914.818,60 zł, termin realizacji 7 dni kalendarzowych
- Odwołujący: cena 6.527.109,93 zł, termin realizacji 7 dni kalendarzowych,
- A.P.N. Promise S.A.: cena 7.370.628,79 zł, termin realizacji 1 dzień kalendarzowy,
- Konsorcjum Asseco: cena 5.763.585,00 zł, termin realizacji 1 dzień kalendarzowy.

W odniesieniu do zadania 6 zostały złożone następujące oferty:

- Towarzystwo Handlowe ALPLAST: cena 4.420.505,61 zł, termin realizacji 7 dni kalendarzowych
- Odwołujący: cena 3.067.321,07 zł, termin realizacji 7 dni kalendarzowych,
- A.P.N. Promise S.A.: cena 4.208.663,76 zł, termin realizacji 1 dzień kalendarzowy,
- Konsorcjum Asseco: cena 3.662.153,00 zł, termin realizacji 1 dzień kalendarzowy.

W dniu 9 listopada Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie zadań 1, 2, 4, 5 i 6, w uzasadnieniu podając, że unieważnienie postępowania następuje z uwagi na przekroczenie przez najkorzystniejsze oferty kwot, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający podał, że ceny najkorzystniejszych ofert były następujące:

- zadanie 4: 1 327 073,89 zł,
- zadanie 5: 4 890 995,37 zł,
- zadanie 6: 3 547 499,58 zł.

Różnicę między cenami wskazanymi w ofertach a podanymi w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający tłumaczył podczas rozprawy dokonaniem „przeliczenia rachunkowego ofert”, nie udokumentował jednak poprawienia omyłek rachunkowych w ofertach ani nie zawiadomił o tym wykonawców (brak w dokumentacji postępowania jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego tej czynności). Izba ustaliła również, że Zamawiający nie udokumentował oceny ofert, nie sporządził w formie pisemnej informacji na temat punktacji przyznanej poszczególnym ofertom. Według oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie ranking ofert przedstawiał się następująco:

- zadanie 4 : 1) APN Promise 79,23 pkt, w tym cena 39,23 pkt, termin realizacji 40 pkt,  
2) Konsorcjum Asseco 71,22 pkt, w tym cena 31,22, termin realizacji 40 pkt,  
3) Odwołujący 65,71 pkt, w tym cena 60, termin realizacji 5,71 pkt,
- zadanie 5 : 1) Konsorcjum Asseco 91,82 pkt, w tym cena 51,82 pkt, termin realizacji 40 pkt,  
2) APN Promise 80,45 pkt, cena 40,45 pkt, termin realizacji 40 pkt,  
3) Odwołujący 65,71 pkt, cena 60 pkt, termin realizacji 5,71 pkt

Jednocześnie Zamawiający nie był w stanie przedstawić punktacji przyznanej ofertom w zadaniu 6.

W dniu 21 listopada 2016 r. Zamawiający sporządził *Informację dodatkową do informacji z otwarcia ofert*, w której podał m.in., że prawidłowa kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zadania 5 to 5.231.411,22 zł.

W dniu 29 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował, że unieważnia czynność unieważnienia postępowania w zakresie zadania 5.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zadania 4 i 6.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2), jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 3), a także jeśli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (pkt 8). Zdaniem Izby oferty Konsorcjum A.P.N. PROMISE S.A. oraz Konsorcjum Asseco powinny zostać odrzucone na podstawie trzech ww. przesłanek.

W ocenie Izby zostało wykazane przez Odwołującego, że wykonanie zamówienia w terminie jednego dnia od podpisania umowy nie jest możliwe z uwagi na czasochłonność czynności koniecznych do wykonania dostawy licencji. Odwołujący przedstawił w tym zakresie dowody w postaci oświadczeń podmiotów dostarczających licencje (Fujistu Technology Solutions Sp. z o.o. – partnera Microsoft posiadającego status Licensing Solution Providers, Arrow ECS Sp. z o.o. – autoryzowanego dystrybutora rozwiązań VMWare oraz Kroll Ontrack Sp. z o.o. – dystrybutora oprogramowania Blancco 5). Z dowodów tych jednoznacznie wynika, że dostawa licencji w ciągu jednego dnia od podpisania umowy nie jest możliwa, realizacja zamówienia wymaga bowiem podjęcia szeregu czynności następujących po zawarciu umowy w sprawie zamówienia, a poprzedzających dostawę licencji. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie dedykowane konkretnemu Zamawiającemu, za niemożliwe należy uznać uruchomienie procedury dostawy tego oprogramowania przed zawarciem umowy z Zamawiającym.

Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych w stosunku do dowodów złożonych przez Odwołującego. Za dowód taki nie może być uznane złożone na rozprawie pismo podpisane przez płk. dypl. Z. M., skierowane do Komendanta 2. Regionalnej Bazy Logistycznej, z którego wynika jedynie to, że zgodnie z bliżej nieokreślonymi doświadczeniami Zarządu Wsparcia i Dowodzenia i Łączności dostarczenie oprogramowania (którego nie skonkretyzowano) sprowadza się do przekazania informacji zawierającej numery licencji oraz źródła pozyskania. Nie sposób również uznać za udowodnione, że – jak stwierdzono w piśmie – „informacja przekazana przez potencjalnych Wykonawców dotycząca możliwości realizacji takiego zadania w ciągu jednego dnia od podpisania umowy leży wyłącznie w kompetencjach i zdolności danej firmy”. Zamawiający powołał się na ustalenia powołanego w postępowaniu biegłego, nie przedłożył jednak jego opinii. Za opinię taką nie może być uznane wskazane wyżej pismo, zostało ono podpisane

przez inną osobę i zawiera jedynie ogólne, nieudokumentowane stwierdzenia (na marginesie należy zaznaczyć, że według przekazanej Izbie kopii fragmentów protokołu postępowania, w postępowaniu tym nie został powołany biegły, a oryginałem całości protokołu Zamawiający nie dysponował na rozprawie). Natomiast twierdzenia Zamawiającego o potwierdzeniu przez Microsoft możliwości realizacji zamówienia w ciągu jednego dnia pozostały całkowicie gołosłowne, Zamawiający nie przedstawił ani pisemnej informacji od Microsoft, ani dokumentu potwierdzającego otrzymanie ustnej informacji, jak choćby notatka służbowa (dodatkowo należy zwrócić uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko licencje Microsoft).

Podkreślenia wymaga również, że wykonawcy, których ofert dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniu, mogli przystąpić do postępowania i próbować udowodnić realność swojej oferty, czego nie zrobili. Nie sposób jednocześnie zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego o niemożliwości ich przystąpienia do postępowania z uwagi na brak interesu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wykonawca zgłaszający przystąpienie musi legitymować się interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp), a bez wątplenia rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego byłoby dla tych wykonawców korzystne.

Wobec przedstawienia przez Odwołującego dowodów potwierdzających nierealność zaoferowanego terminu, nieprzedstawienia przez Zamawiającego dowodów przeciwnych i niewzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przez Konsorcjum A.P.N. Promise i Konsorcjum Asseco, Izba nie miała podstaw do uznania, że wywiązanie się z zaoferowanego terminu może być uwarunkowane jakimiś szczególnymi okolicznościami leżącymi po stronie danego wykonawcy, a zatem że istnieje praktyczna możliwość, że dany wykonawca może wykonać zamówienie w ciągu jednego dnia. Okoliczności takie nie zostały ani wskazane, ani udowodnione.

Biorąc pod uwagę konstrukcję kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu i ich wagę należy podzielić stanowisko Odwołującego, że zaoferowanie jednodniowego terminu realizacji zamówienia było spowodowane wyłącznie dążeniem do sztucznego zawyżania punktacji przyznanej ofercie, a w konsekwencji do uzyskania zamówienia mimo braku realnej możliwości wywiązania się ze swego zobowiązania. Kryteria oceny ofert były określone w ten sposób, że oferty istotnie droższe, ale z krótkim terminem realizacji zamówienia mogły być korzystniejsze od oferty znacznie tańszej z dłuższym terminem realizacji (przy zaoferowaniu jednodniowego terminu wykonania zamówienia oferta otrzymywała 40 pkt, podczas gdy termin siedmiodniowy to 5,71 pkt). Powyższe potwierdza, że termin realizacji zamówienia był tym elementem oferty, który znacząco wpływał na ostateczną ocenę ofert, zatem weryfikacja

tego terminu pod kątem ewentualnego czynu nieuczciwej konkurencji była istotnym obowiązkiem Zamawiającego, z którego – w ocenie Izby – się nie wywiązał.

Dodatkową okolicznością potwierdzającą zasadność zarzutów odwołania, jest wysokość przewidzianych przez Zamawiającego kar umownych, które zostały określone na takim poziomie, że wykonawcom „opłacało się” zaniżyć w ofercie termin wykonania i zapłacić w przyszłości kary umowne. Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 lit. b wzoru umowy, kara umowna wynosić będzie 0,5% wartości brutto niezrealizowanej części przedmiotu zamówienia za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 20% wartości brutto przedmiotu umowy. Zatem przykładowo 6-dniowe opóźnienie w wykonaniu zamówienia skutkowałoby zapłatą kar umownych w wysokości 3% wartości umowy, co pozwala przyjąć, że kary umowne zostały wkalkulowane w cenę oferty.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy, co może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy. W ocenie Izby złożenie przez Konsorcjum A.P.N. Promise i Konsorcjum Asseco ofert z jednodniowym terminem realizacji zamówienia wyczerpuje znamiona wskazanych w przywołanych wyżej przepisach czynów nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty jedynie z pozoru najkorzystniejszej, o której od początku wiadomo, że nie będzie mogła być wykonana na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze, bez wątplenia stanowi naruszenie dobrych obyczajów i prowadzi do naruszenia interesu wykonawców oferujących realne warunki wykonania zamówienia, pozbawiając ich de facto możliwości konkurencji w przetargu. Z drugiej strony uderza to w interes Zamawiającego, ograniczając mu możliwość udzielenia zamówienia innym wykonawcom, oferującym realnie korzystniejsze warunki wykonania zamówienia, poprzez wymuszenie wyboru oferty mniej korzystnej, w której wyższa cena została połączona z nierealnym terminem wykonania zamówienia.

Należy również zgodzić się z Odwołującym, że z uwagi na fakt, iż oferty złożone przez Konsorcjum A.P.N. Promise i Konsorcjum Asseco stanowią ofertę zawarcia umowy o świadczenia obiektywnie niemożliwe do wykonania, podstawą odrzucenia tych ofert jest także art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Izba podzieliła również stanowisko Odwołującego o niezgodności tych ofert z treścią SIWZ. Niezgodność polega na tym, że świadczenie określone w ofercie nie będzie mogło być spełnione zgodnie z postanowieniami przyszłej umowy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, wzór umowy nakłada na wykonawcę obowiązek powiadomienia Zamawiającego o terminie dostawy na 7 dni przed tą dostawą (§ 3 ust. 5). W związku z tym wykonawca oferujący jednodniowy termin dostawy nie będzie mógł wypełnić powyższego obowiązku, nie sposób bowiem zakładać, że przekazanie takiej informacji nastąpi zanim wykonawca stanie się stroną tej umowy. Powyższej oceny nie może zmienić fakt, że Zamawiający zmieniając w dniu 18 października 2016 r. rozdział XIV SIWZ wprowadził do niego zapis: *Wykonawca może zaoferować termin realizacji zamówienia podając go w pełnych dniach kalendarzowych np. 1 dzień*. Termin jednodniowy w powyższym postanowieniu został podany przykładowo, co należy uznać jedynie za wskazanie „jednostki miary” terminu. Nie może być to interpretowane w oderwaniu od innych postanowień SIWZ, w tym postanowień przyszłej umowy, które wyraźnie wskazują, że Zamawiający nie przewidywał możliwości wykonania zamówienia w ciągu jednego dnia (obok przywołanego wyżej § 3 ust. 5 można wskazać również postanowienia § 3 ust. 2, zgodnie z którym Zamawiający dostarczy do Odbiorcy kserokopie zawartych umów na co najmniej 7 dni przed dostawą). Wprowadzenie powyższego postanowienia do rozdziału XIV SIWZ nie zwalniało Zamawiającego z oceny zgodności oferowanego sposobu świadczenia z wszystkimi postanowieniami SIWZ, jak również oceny oferty pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Odwołującego, że podstawą odrzucenia ofert Konsorcjum A.P.N. Promise i Konsorcjum Asseco był również art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (niezgodność oferty z ustawą). Istnienia tej podstawy Odwołujący nie wykazał, z odwołania nie sposób bowiem wyczytać, z którym przepisem ustawy niezgodna była oferta, nie przedstawiono również w tym zakresie żadnego wyводу uzasadniającego zastosowanie powyższego przepisu. Fakt istnienia innych podstaw do odrzucenia oferty, takich jak niezgodność z SIWZ, czyn nieuczciwej konkurencji i nieważność na podstawie odrębnych przepisów, nie stanowi okoliczności uzasadniającej przypisanie tej ofercie odrębnej podstawy odrzucenia, którą stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że oferty Konsorcjum A.P.N. Promise i Konsorcjum Asseco podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 8 ustawy Pzp. Gdyby Zamawiający nie zaniechał odrzucenia tych ofert, to cena oferty najkorzystniejszej mieściłaby się w kwocie, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym nie wystąpiły okoliczności faktyczne uzasadniające unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zadania 5 odwołanie podlegało oddaleniu ze względu na fakt, że Zamawiający po wniesieniu odwołania, w dniu 29 listopada 2015 r., dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. W związku z powyższym, mimo że zapatrywania Izby na termin, jaki zaoferowali wykonawcy Konsorcjum A.P.N. Promise i Konsorcjum Asseco, są takie same jak to przedstawiono w odniesieniu do zadań 4 i 6, to na dzień wyrokowania nie można stwierdzić, że Zamawiający zaniechał odrzucenia tych ofert. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania powoduje, że postępowania formalnie nadal znajduje się na etapie badania i oceny ofert i dalszy przebieg postępowania nie jest przesądzony. Zamawiający może jeszcze dokonać czynności odrzucenia ofert, może też zakończyć postępowanie bez ich odrzucenia i wówczas Odwołującemu będzie przysługiwało prawo korzystania ze środków ochrony prawnej w terminie liczonym od ostatecznej czynności Zamawiającego. Na moment wyrokowania nie można natomiast stwierdzić, że Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia ofert. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba nie może więc pominąć przy orzekaniu okoliczności, które zaistniały po wniesieniu odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....