

WYROK

z dnia 1 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Sprint Spółka Akcyjna** z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polski PCS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ensteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla lidera w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
 - odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polski PCS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ensteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla lidera w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 10a ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 2, nr 5 i nr 6 odwołania;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polski PCS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ensteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla lidera w Warszawie zgłaszających sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania, 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polski PCS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ensteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla lidera w Warszawie na rzecz Odwołującego **Sprint Spółka Akcyjna** z siedzibą w Olsztynie kwotę 18 719 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewiętnaście złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów strony z tytułu zwrotu uiszczonego przez Odwołującego wpisu, kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 119 zł gr (słownie: sto dziewiętnaście złotych zero groszy) oraz kosztu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);
- 3.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Polski PCS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ensteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla lidera w Warszawie na rzecz Zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. *Dostosowanie Systemu National Single Window do obsługi użytkowników zewnętrznych za pomocą interfejsu graficznego*, numer referencyjny: ZP.371.23.2020.JL. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr ogłoszenia: 2020/S 124-304250.

W dniu 27 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polski PCS Sp. z o.o. i Ensteam Sp. z o.o. Na powyższą czynność w dniu 6 listopada 2020 r. wykonawca Sprint S.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polski PCS Sp. z o.o. i Ensteam Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum”), pomimo iż zawiera rażąco niską cenę,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1) w związku z art. 10a ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo jej niezgodności z ustawą, polegającej na nieopatrzaniu jej podpisami kwalifikowanymi osób uprawnionych do reprezentowania członków Konsorcjum,
- 4) art. 26 ust. 3a Pzp poprzez wezwanie Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa do występowania w imieniu Ensteam Sp. z o.o., pomimo iż oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na okoliczności wskazane w punktach 1-3 powyżej, ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 103 i 104 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej bez umocowania, a następnie niepotwierdzonej.
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo iż w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadziło ono

zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, określone w punkcie V ust. 1 pkt 2) lit. c) SIWZ, co miało zarazem istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania,

- 6) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, tj. przeprowadzenie postępowania oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) przeprowadzenie ponownego badania oraz oceny ofert,
- 4) wykluczenie Konsorcjum z postępowania,
- 5) odrzucenie oferty Konsorcjum,
- 6) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę, Odwołujący wskazał, że z zestawienia cen ofertowych, oferta Konsorcjum była o 36,7% niższa od szacunkowej wartości zamówienia. Skutkowało to wdrożeniem postępowania weryfikacji rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 18 sierpnia 2020 r., działając w oparciu o art. 90 ust. 1a Pzp Zamawiający zobowiązał Konsorcjum do przedłożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia obejmować miały, zgodnie z treścią wezwania i bezwzględnie obowiązującymi normami Pzp, dowody dotyczące wyliczenia ceny. Oznacza to, iż Zamawiający uznał, że opisane powyżej rozbieżności cen ofertowych uzasadniają domniemanie, że oferta Konsorcjum obejmuje cenę rażąco niską i niezbędne jest przedstawienie przez ww. wykonawcę dowodów na przeciwieństwo. Ewentualne stwierdzenie, że Zamawiający się pomylił, a wartość zamówienia nie jest tożsama lub porównywalna z kwotą, jaką postanowił przeznaczyć na jego realizację, nie ma doniosłości prawnej. Z oświadczenia Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2020 r. wynika, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum wydawała mu się rażąco niska i budziła wątpliwości co do możliwości realizacji umowy zgodnie z SIWZ. Zobowiązując wykonawcę do złożenia wyjaśnień, Zamawiający przerzucił na niego ciężar dowodu wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie sprostało przedmiotowemu wymogowi. Złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie obejmują żadnych dowodów ani twierdzeń, które pozwoliłyby na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny. Przeciwnie - potwierdzają

one, iż zaoferowana cena jest dalece zaniżona i nie tylko nie umożliwia realizacji zamówienia z godziwym zyskiem, ale zakłada, że zostanie ono wykonane z istotną stratą. Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest ich przedłożenie. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Twierdzenia wskazane w dokumencie „Informacja dotycząca kosztów wytworzenia” mają charakter ogólnikowy i nie pozwalają na stwierdzenie, czy, a jeżeli tak, to jakiego rzędu oszczędności wykonawca ma możliwość poczynić realizując projekt. Oświadczenia tego rodzaju mógłby złożyć każdy uczestnik postępowania, spełniający wymogi wiedzy i doświadczenia sformułowane w SIWZ. Podnoszone przez Konsorcjum okoliczności nie stanowią bowiem żadnego wyróżnika, jaki zapewniłby mu przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami. Przytaczane przez niego okoliczności mają charakter ogólny i które były brane pod uwagę przez wszystkich uczestników postępowania. Warunki udziału w nim pozwalały na złożenie oferty wyłącznie przez doświadczonych wykonawców, dysponujących niezbędnym know-how i zapleczem kadrowym. Nie bez znaczenia jest też fakt, iż wykonawca nie przedstawił - nie licząc treści wyjaśnień - żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawdziwość jego twierdzeń. W takiej sytuacji Zamawiający nie miał - w najlepszym dla wykonawcy wypadku - realnej możliwości zbadania, czy cena nie jest rażąco niska.

Domniemania rażąco niskiej ceny nie przełamuje również zdaniem Odwołującego przedłożona przez Konsorcjum kalkulacja kosztów. Po pierwsze opiera się ona na nieadekwatnej stawce roboczogodziny w kwocie 71 zł brutto. Jako że stawka ta stanowi - po przemnożeniu przez prognozowaną przez Konsorcjum liczbę godzin - jedyny koszt realizacji zamówienia, zakładać należy, że obejmuje ona średnie wynagrodzenie brutto programisty, koszty stałe i stosowne narzuty. Jak zaś wynika z ogólnodostępnych źródeł, średnie wynagrodzenie w branży IT już w 2019 r. było wyższe od ww. kwot, zgodnie z przedstawioną w odwołaniu tabelą. Zważywszy na fakt, iż zarobki w branży IT stale rosną, a realizacja umowy zawartej na podstawie przedmiotowego postępowania odbędzie się głównie w 2021 r., należy tym bardziej poddać w wątpliwość wysokość wskazanych przez Konsorcjum kosztów. Nie sposób ponadto utożsamiać kosztu rbg ze średnim wynagrodzeniem za godzinę pracy.

Następnie Odwołujący podniósł, że nawet gdyby przyjąć, iż przedmiotowa stawka roboczogodziny ma charakter realny i obrazuje rzeczywiste koszty pracy programisty w przedsiębiorstwach członków Konsorcjum, przedłożona kalkulacja nie uwzględnia adekwatnego i koniecznego nakładu pracy w odniesieniu do fazy testów, instalacji i utrzymania. Przeciwnie - podane tam wartości są drastycznie zaniżone. W zakresie testów

konsorcjum wskazało wolumen 200 godzin, tj. 4,5% czasu, jaki zamierza rzekomo przeznaczyć na implementację. Zgodnie zaś z rynkowymi standardami i dobrymi praktykami, relacja ta powinna kształtować się na poziomie 35%. Ten element zamówienia jest zatem istotnie niedoszacowany. Przyjmując za podstawę kalkulacji podaną przez Konsorcjum stawkę roboczogodziny, należność z tytułu testów powinna opiewać na ok. 99.400 zł netto. Kwota niedoszacowania usług w ww. zakresie wynosi zatem 85.200 zł, co stanowi niemal 20% oferty Konsorcjum. Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący podnosi, że w branży funkcjonuje co prawda wartość 20% jako relacja czasochłonności testów w stosunku do wdrożenia. Niemniej jednak odsetek ten stanowi niezbędne minimum, które w przedmiotowym postępowaniu nie powinno mieć zastosowania. Wynika to z faktu, iż mamy do czynienia ze skomplikowanym systemem, o - docelowo - liczny gronie użytkowników, niebędących zarazem profesjonalistami w zakresie usług IT. W tego rodzaju przypadkach konieczne jest przeprowadzenie testów w poszerzonym zakresie. (Dowód: wydruk ze strony <https://testerzy.pl/baza-wiedzy/wycena-testowania-procent-kosztow-projekt>). Analogicznie przedstawia się sytuacja w zakresie punktu „Instalacja i utrzymanie”, którego realizacja ma opiewać na 400 rbg. Wartość ta jest całkowicie nieadekwatna w stosunku do zakresu prac. Zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum opiewać one mają na migrację użytkowników, utrzymanie systemu przez 3 lata + rozszerzone utrzymanie (oraz obsługę gwarancji i rękojmi), instalację i konfigurację serwera aplikacji. Mając na uwadze ponad 42-miesięczny okres realizacji tych usług (m.in. 6 miesięcy rozszerzonego utrzymania i 36 miesięcy gwarancji), oznacza to, że Konsorcjum przewiduje swoje zaangażowanie na średnim poziomie poniżej 10 rbg miesięcznie. Przy takim założeniu umowa nie będzie mogła być poprawnie realizowana, nawet gdy Konsorcjum składając ofertę działało w ramach dopuszczalnego ryzyka. Zgodnie z projektem umowy wykonawczej, jak również deklaracją Konsorcjum, w okresie rękojmi i gwarancji usterki o charakterze krytycznym mają być usuwane w ciągu 6 godzin od zgłoszenia. Zaangażowanie na poziomie ok. jednego dnia roboczego w skali miesiąca nie pozwoli na obsługę tego rodzaju zgłoszeń w zadeklarowanych ramach czasowych. Jak wynika z oferty uzyskanej od osoby trzeciej, jak również własnych założeń Sprint S.A., niezbędny wolumen rbg w zakresie samego utrzymania wynosi 2.600, przy czym oferta opiewa na stawkę roboczogodziny na poziomie 150 zł netto, co stanowi kolejny argument przemawiający przeciwko stawce podanej przez Konsorcjum.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący podał, że oferent ma siedzibę w Bydgoszczy, w związku z czym nie sposób uznać, że stosowane przez niego stawki są odpowiednio wyższe z uwagi na działalność na większym rynku. Dowód: oferta z dnia 21.07.2020 r. Kwota niedoszacowania ww. zakresu usług stanowi (ponownie - przy

zastosowaniu stawki 71 zł/rbg) 156.200 zł, tj. ok. 1/3 ceny ofertowej. Ogółem ustalona kwota niedoszacowania oferty Konsorcjum wynosi zatem 241.400 zł netto, czyli ponad 50% ceny oferty. W związku z tym w ofercie Konsorcjum występuje cena rażąco niska i nie sposób przyjąć, iż niedoszacowanie poszczególnych elementów zamówienia będzie mogło być zbilansowane poprzez marżę uzyskaną w innych obszarach. Przy rozbieżnościach tego rzędu nie można również uznać, że wykonawca działa w ramach akceptowalnego ryzyka gospodarczego. Znamienne jest, że przy uwzględnieniu ww. kwoty oszacowania uzyska się sumę zbliżoną zarówno do oferty Odwołującego, jak również kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację projektu. Potwierdza to tezę, że obecna cena Konsorcjum nosi znamiona rażąco niskiej. Cena wykonawcy spełnia zatem kryteria uznania jej za rażąco niską. Nie sposób przyjąć, iż niedoszacowanie przez Konsorcjum poszczególnych pozycji składających się na kalkulację ceny nie wpływa na możliwość realizacji przez niego przedmiotowej umowy. Przesądza o tym przede wszystkim wielość punktów, w jakich przedstawiono koszty nierealne, jak również astronomiczny wręcz rozdzźwięk pomiędzy jego ceną, propozycją odwołującego i efektem kalkulacji opartych na danych przedstawionych przez Konsorcjum. Konsorcjum nie obejmuje żadnego bufora ryzyka przy realizacji poszczególnych elementów zamówienia. Działanie tego rodzaju jest nieracjonalne i nie mieści się w praktyce doświadczonego wykonawcy.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum nie tylko nie wykazało, że cena jego oferty nie ma charakteru rażąco niskiego, lecz wręcz potwierdziło, że została ona skalkulowana wadliwie i nie daje rękojmi należytego wykonania umowy. Skonfrontowany z jego wyjaśnieniami Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy z uwagi na jej ogólny charakter, podniesienie okoliczności pozbawionych wpływu na finansowy aspekt realizacji umowy, zasadne obawy, iż wykonawca nie zamierza jej realizować w sposób należyty, wreszcie zaś wątpliwą prawdziwość deklaracji, co do kwoty rbg przyjętej na potrzeby kalkulacji ceny. Dokonawszy bowiem rzetelnej analizy wyjaśnień wykonawcy, Zamawiający powinien dojść do takich samych wniosków, jak Odwołujący. Każda z opisanych powyżej przesłanek stanowi osobny powód, uzasadniający podjęcie przez Zamawiającego takiej decyzji. Fakt, że miały one miejsce łącznie i nie spotkały się z reakcją ze strony Zamawiającego, czyni zarzut rażąco niskiej ceny tym bardziej zasadnym.

Uzasadniając drugi zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 3) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący przywołał twierdzenia zaprezentowane powyżej i podkreślił, że oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza winna być traktowana w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia w żaden sposób nie

przystaje do realiów rynkowych i uniemożliwia osiągnięcie zysku. W związku z tym Odwołujący ma uzasadnione podstawy, by twierdzić, że zaoferowana cena ma charakter dumpingowy, a oferta powinna być odrzucona.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp w związku z art. 10a ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo jej niezgodności z ustawą, polegającej na nieopatrzeniu jej podpisami kwalifikowanymi osób uprawnionych do reprezentowania członków Konsorcjum, Odwołujący wskazał, że oferta i JEDZ winny być sporządzone - w przypadku prowadzenia postępowania w formie elektronicznej, jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu - w formie elektronicznej i opatrzone podpisem kwalifikowanym. W przypadku niespełnienia tego wymogu oferta podlega odrzuceniu.

Oferta Konsorcjum nie została opatrzona podpisem kwalifikowanym przedstawiciela konsorcjanta Ensteam Sp. z o.o. Ww. wykonawca posłużył się podpisem zaufanym, której to formy Pzp nie dopuszcza. SIWZ przedmiotowego postępowania potwierdzało tę zasadę, umożliwiając złożenie oferty jedynie w formie elektronicznej, opatrzonej podpisem kwalifikowanym. W związku z powyższym, jak również wobec faktu, że oferta Konsorcjum nie obejmowała pełnomocnictwa Ensteam Sp. z o. dla Polskiego PCS Sp. z o.o. do złożenia oferty, należy stwierdzić, że winna ona zostać odrzucona. Jej sanowanie przez Zamawiającego poprzez wezwanie do złożenia pełnomocnictwa stanowi zaś odrębne naruszenie Pzp.

Jako uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp poprzez wezwanie Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa do występowania w imieniu Ensteam Sp. z o.o., pomimo iż oferta podlegała odrzuceniu, ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 8) w związku z art. 103 i 104 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej bez umocowania, a następnie niepotwierdzonej, Odwołujący podał, że Zamawiający, zamiast odrzucić ofertę Konsorcjum, podjął działania celem jej sanowania i skierował wezwanie z dnia 18.08.2020 r. w przedmiocie przedłożenia pełnomocnictwa do reprezentowania Ensteam Sp. z o.o., jako jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia. Zamawiający powołał się przy tym na regulację art. 26 ust. 3a Pzp pomijając fakt, iż w dacie złożenia oferty konsorcjant Polski PCS Sp. z o.o. nie miał umocowania do reprezentowania Ensteam Sp. z o.o. W związku z tym brak było podstaw do przedmiotowego wezwania. Jeżeli bowiem intencją Ensteam Sp. z o.o. byłoby istotnie umocowanie Polskiego PCS Sp. z o.o. do złożenia oferty i występowania jako lider Konsorcjum, to oferta nie byłaby opatrzona żadnym podpisem reprezentanta Ensteam Sp. z o.o. Uzupełnienie pełnomocnictwa jest zaś dopuszczalne jedynie wówczas, gdy brak jest stosownego dokumentu potwierdzającego wolę oferenta, nie zaś wówczas, gdy z okoliczności sprawy

wynika, że nie miał on woli upoważnienia rzekomego pełnomocnika. (Dowód: wydruk z aplikacji weryfikacji podpisów elektronicznych).

Powyższą tezę potwierdza fakt, iż przedłożone przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 sierpnia 2020 r. pełnomocnictwo zostało udzielone w dacie 27 sierpnia 2020 r., co wynika to ze znacznika podpisu elektronicznego prezesa zarządu Ensteam Sp. z o.o. K. S. . (Dowód: wydruk z aplikacji weryfikacji podpisów elektronicznych). Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowej sprawie brak jest przesłanki pierwotnego umocowania, co przesądza o niedopuszczalności uzupełnienia pełnomocnictwa i przywołał wyrok z dnia 5 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2366/19, w którym Izba stwierdziła, że: Ocena umocowania pełnomocnika do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być dokonana z uwzględnieniem okoliczności, w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. W związku z tym ocena taka nie może abstrahować od treści pierwotnie istniejącego umocowania, przyczyn uznania za nieprawidłowe pełnomocnictwa złożonego wraz z ofertą ani od treści wezwania do jego uzupełnienia i sposobu zastosowania się do tego wezwania.

Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek stwierdzenia przez Izbę, że brak umocowania do złożenia oferty może być sanowany, Odwołujący wskazał, że złożone przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwo w żaden sposób nie odnosi się do dotychczasowych czynności Polskiego PCS Sp. z o.o. w ramach postępowania. Nie potwierdza wprost czynności złożenia oferty i nie odwołuje się do niej. Tym samym oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 8 w związku z art. 103 i 104 Kodeksu cywilnego.

W uzasadnieniu piątego zarzutu dotyczącego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo iż w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadziło ono Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, określone w punkcie V ust. 1 punkt 2) lit. c) SIWZ, co miało zarazem istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania. Niezależnie od kwalifikowanych wad samej oferty Konsorcjum, wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Nie spełnia on bowiem wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia sprecyzowanych w punkcie V ust. 1 punkt 2) lit. c) SIWZ, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wyłącznie wykonawca, który: wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie 2 (dwie) usługi których przedmiotem było wykonanie oprogramowania opartego na interfejsie sieci Web o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 zł (słowie: pięćset tysięcy złotych 00/100). Wykładnia językowa przedmiotowego zapisu

proceeds to the claim, that the amount of 500,000 PLN refers to each of the services (each programming), which had to be realized by the potential contractor, and not to their total value. In the opposite case, the tenderer would indicate, that the contractor is obliged to perform: in the period of the last 5 (five) years before the expiry of the deadline for submission of offers, and if the period of activity is shorter - in this period 2 (two) services of which the subject was the execution of programming on the Web interface with a total value not less than 500,000.00 PLN (word: five hundred thousand PLN). Eventually, the tenderer would formulate this requirement, using the following way: in the period of the last 5 (five) years before the expiry of the deadline for submission of offers, and if the period of activity is shorter - in this period 2 (two) services, of which the subject was the execution of programming on the Web interface, with a value not less than 500,000.00 PLN (word: five hundred thousand PLN). A different understanding of the subject requirement assumes an irrational action of the tenderer. At the estimated value of the order at the level of 861,000 PLN, the requirement of realization of two services for a total amount of 500,000 PLN would be inadequate from the point of view of the proper determination of the rules and conditions of participation in the procedure. It would enable, of course, participation in the procedure for entities, which never performed a project, even if related to the subject of the order. It is not possible to assert, that the realization of two services for a financial level of 250,000 PLN each allows to assume, that the contractor has the knowledge and experience necessary for the execution of the contract at a level more than three times higher. Such a contractor does not give, of course, the necessary guarantee of the execution of the contract. Documents presented by the Consortium to confirm the fulfillment of the above requirement are two references for a total amount of 271,000 PLN and 246,000 PLN. The Consortium does not meet the condition of participation in the procedure and introduced in this respect the tenderer into error, acting, at least, in the context of gross negligence. A serious analysis of the SIWZ would lead the Consortium to identical claims, as presented above. In connection with the above, it should be excluded from the procedure, and its offer rejected.

Justifying the charge no. six concerning the violation of art. 7 ust. 1 and 3 in connection with art. 91 ust. 1 Pzp, i.e. the conduct of the procedure and the selection of the most advantageous offer with the violation of the principle of equal treatment and non-discrimination of contractors, the appellant stated, that it constitutes a consequence of the violation by the tenderer of the provisions indicated in the appeal. The tenderer, as the owner of the procedure, is obliged to carry out the selection of the most advantageous offer in accordance with the applicable legal norms, in particular those stipulated in the Pzp provisions of the principle of equal treatment and non-discrimination of contractors. On the basis of the subject matter of the case, the principle of

te zostały naruszone. Zamawiający w sposób preferencyjny potraktował wykonawcę, który w sposób nieprawidłowy złożył ofertę, nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i dokonał wadliwej kalkulacji ceny, stawiając w gorszej sytuacji wykonawcę, który rzetelnie oraz skrupulatnie wypełnił ww. obowiązki. W interesie Zamawiającego winno być dokonanie wyboru nie tego wykonawcy, który oferuje najniższą cenę, lecz tego, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, zwłaszcza zważywszy na przedmiot zamówienia i konsekwencje ewentualnych zaniedbań.

Pismem z dnia 23 listopada 2020 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził m.in., że po otrzymaniu odwołania dokonał ponownej analizy dokumentacji postępowania oraz weryfikacji własnych czynności podejmowanych w postępowaniu. Efektem tej analizy jest uznanie części zarzutów. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia:

1) zarzut nr 1 opisany jako: „Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę”.

2) zarzut nr 3 opisany jako: „Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 10a ust. 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo jej niezgodności z ustawą polegającej na nieopatrzeniu jej podpisami kwalifikowanymi osób uprawnionych do reprezentowania członków Konsorcjum”.

3) zarzut nr 4 opisany jako: „Naruszenie art. 26 ust. 3a ustawy PZP poprzez wezwanie Konsorcjum do złożenia pełnomocnictwa do występowania w imieniu Ensteam Sp. z o.o. pomimo, iż oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na okoliczności wskazane w punktach 1-3 powyżej.”

W pozostałym zakresie, w razie dalszego podtrzymywania innych niż wyżej wskazane zarzutów Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 12 listopada 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polski PCS Sp. z o. o i Ensteam Sp. z o. o. (dalej również: „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zaś pismem z dnia 25 listopada 2020 r. zgłosili sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów podniesionych w odwołaniu, oraz wnieśli o odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, ewentualnie o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego, Przystępujący wskazał m.in., że złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były wystarczające do stwierdzenia, że nie ma ona takiego charakteru, że są bardzo

konkretne i adekwatne do prowadzonego postępowania, zawierają dane i twierdzenia uzasadniające wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia. Przystępujący rozwinął treść Informacji dotyczącej kosztów wytworzenia złożonej na wezwanie Zamawiającego oraz podał, nowe okoliczności, nieprzekazane uprzednio Zamawiającemu. Przystępujący wskazał także, że w środowisku informatyków rozpiętość stawek jest duża, a przewidziana przez niego stawka godzinowa projektanta jest prawidłowa, bowiem w przypadku stałego i stabilnego zatrudnienia stawki godzinowe są niższe od oferowanych ad hoc dla realizacji pojawiających się na rynku projektów. W przypadku pełnego etatu przy przyjętej stawce koszt programisty to 9 235,00 zł brutto i nie odbiega od średniej płacy w województwie podkarpackim. Przystępujący na dowód występujących w branży IT wynagrodzeń załączył do pisma wydruki ze stron internetowych.

Odnosząc się do zarzutów nr 3 i 4, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, Przystępujący wskazał m.in., że oferta została podpisana kwalifikowanym podpisem prezesa Zarządu Polski PCS sp. z o.o. jako lidera konsorcjum, a na formularzu podpis złożył także prezes zarządu Ensteam sp. z o.o. Po podjęciu decyzji o uczestnictwie w przetargu wykonawcy udzielili Polski PCS sp. z o.o. pełnomocnictwa do podejmowania wszelkich czynności w imieniu konsorcjum, którego przez przeoczenie nie załączyli do oferty. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp zostało przedstawione pełnomocnictwo z dnia 1 lipca 2020 r. opatrzone podpisami kwalifikowanymi składanymi po dacie wezwania. Przystępujący zauważył, że zdecydował się na przedstawienie pełnomocnictwa w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanymi podpisami, chociaż był uprawniony do złożenia elektronicznej kopii pełnomocnictwa poświadczonej za zgodność z oryginałem. Gdyby zdecydował się przedstawić Zamawiającemu taką kopię, to zeskanowałby dokument sporządzony w formie papierowej opatrując go poświadczeniem za zgodność z oryginałem za pomocą kwalifikowanego podpisu. W obu przypadkach byłaby to data późniejsza, niż data wezwania do uzupełnienia dokumentu.

Izba dopuściła w poczet dowodów dokumentację postępowania przedłożoną przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez strony załączone do pism oraz złożoną na rozprawie przez Przystępującego umowę konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został

wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony z uwagi na to, że najprawdopodobniej Odwołujący nie pozostawał przez cały czas związany ofertą. W ocenie Izby nie zostały wykazane podstawy do uznania, że Odwołujący nie był związany ofertą.

Jak zostało wykazane przez Zamawiającego na posiedzeniu z udziałem stron i Konsorcjum, pismem z dnia 6 października 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o czas oznaczony tj. do dnia 14 grudnia 2020 r., wskazując w piśmie, iż termin związania ofertą upływa w dniu 15 października 2020 r. Wezwany wykonawca pismem z dnia 9 października 2020 r. złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą do dnia 14 grudnia 2020 r., zaznaczając jednocześnie, że złożone wraz z ofertą wadium zabezpiecza ofertę w okresie od 14 sierpnia 2020 r. (data upływu terminu składania ofert) do 13 stycznia 2021 r. włącznie. Nie zostało wykazane, aby czynność wezwania Odwołującego do wyrażenia ww. zgody, była kwestionowana przez Konsorcjum w ustawowym terminie. Przystępujący nie wykazał, aby odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a tym samym nie zostało wykazane, aby wypełniła się przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że jego oferta została oceniona na drugim miejscu. W razie braku wyboru oferty Konsorcjum zamówienie zostałoby udzielone Odwołującemu. Tym samym ma interes w uzyskaniu ww. zamówienia, a wybór Konsorcjum powoduje szkodę w postaci utraconych korzyści, jakie stałyby się udziałem Odwołującego w razie powierzenia mu wykonania zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Polski PCS Sp. z o.o. i Ensteam Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stali się uczestnikami postępowania.

Na posiedzeniu Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego, tj. zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 2, 5 i 6. W związku z tym odwołanie w zakresie tych zarzutów podlegało umorzeniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do załącznika nr 4 do SIWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia *Założenia techniczno funkcjonalne rozbudowy aplikacji (...)* przedmiotem zamówienia jest dokonanie modyfikacji programowej w istniejącym systemie National Single Window dostosowującym system do nowych wymagań użytkowych i prawnych poprzez zaprojektowanie i budowę graficznego interfejsu użytkownika. Obecnie wykorzystywany systemem National Single Window opracowany został w 2016 roku i stanowił rozwinięcie kanału pozyskiwania danych dotyczących morskich deklaracji sprawozdawczych o kanał umożliwiający komunikację w trybie system-to-system z pominięciem procesu ręcznego dodawania deklaracji. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie modyfikacji funkcjonalnej aktualnie wykorzystywanego systemu National Single Window. Modyfikacja musi obejmować:

a) automatyczną wymianę informacji z systemami informatycznymi armatorów, kapitanów statków lub ich przedstawicieli, w trybie s2s - system to system, zgodnym z modyfikowanym protokołem ISO28005-2 obowiązującym w Urzędzie Morskim;

b) automatyczną wymianę informacji z systemami informatycznymi odbiorców instytucjonalnych, w trybie s2s - system to system, zgodnym z modyfikowanym protokołem ISO28005-2 obowiązującym w Urzędzie Morskim, a w szczególności do: Straży Granicznej, Krajowej Administracji Skarbowej, Głównego Urzędu Statystycznego, Zarządów Portów, Operatorów Terminali Portowych;

c) interfejs graficzny użytkownika (GUI) dla armatorów, kapitanów statków lub ich przedstawicieli nieposiadających systemów informatycznych mogących zintegrować się do nowej funkcjonalności NSW w trybie s2s, zapewniając możliwość wprowadzania danych manualnie lub przez import plików zgodnych z ustalonym formatem;

d) ustalony z Zamawiającym schemat przepływu informacji i dokumentów, zmiany ich statusów, oraz zatwierdzeń;

e) autoryzację i autentykację użytkowników oraz uzgodniony, konfigurowalny poziom uprawnień;

f) dwukierunkową komunikację z systemami informatycznymi armatorów, kapitanów statków lub ich przedstawicieli; g) wykorzystywanie ustalonych z Zamawiającym aktualnych słowników (np. baza portów UN/LOCODE, baza materiałów

niebezpiecznych, baza typów odpadów ,baza statków itp.) z możliwością ich aktualizacji; h)poprawną walidację wprowadzanych lub przesłanych danych, zgodnie z wymogami prawa, wymaganiami Urzędów Morskich, wymaganiami systemu SafeSeaNet i innymi ustalonymi z Zamawiającym (patrz SafeSeaNet XML Reference Guide v4, Guidelines on Reporting HAZMAT in SafeSeaNet); i)zapewnienie komunikacji dwukierunkowej dla Użytkowników pozwalającej na uzyskanie potwierdzeń przyjęcia / przesłania informacji; System National Single Window stanowi uzupełnienie systemu PHICS w zakresie przekazywania informacji dotyczących obsługi wizyt w portach morskich. W związku z koniecznością ściślejszej integracji obydwu systemów w celu zapewnienia spójności przekazywanych danych niezależnie od miejsca ich pozyskania oraz w celu sprawniejszej i bardziej ekonomicznej administracji systemami informatycznymi administracji morskiej podjęto decyzję o integracji funkcjonalności systemu PHICS w zakresie obsługi zgłoszeń w systemie NSW. Przeprowadzana modyfikacja powinna zakładać konieczność przeprowadzania zmian w przyszłości obejmujących akwizycję nowych danych od strony użytkowników zewnętrznych oraz nowe formaty przekazywania danych dla systemów współzależnych.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wynosi 861.000,00 zł brutto. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Sprint S.A. z ceną 848 085,00 zł; gwarantowanym czasem naprawy awarii o priorytecie krytycznym - 6 godzin; terminem uruchomienia produkcyjnego - 4 miesiące od daty podpisania umowy, oraz oferta konsorcjum: Polski PCS Sp. z o. o i Ensteam Sp. z o. o. z ceną 545 000,00 zł; gwarantowanym czasem naprawy awarii o priorytecie krytycznym - 6 godzin; terminem uruchomienia produkcyjnego - 4 miesiące od daty podpisania umowy. Żaden z Wykonawców nie został wykluczony z postępowania, żadna oferta nie została odrzucona.

Zamawiający skierował Konsorcjum w dniu 18 sierpnia 2020 r. dwa wezwania tj. do wyjaśnienia rażącej ceny oraz do uzupełnienia i poprawienia dokumentów tj. brakującego pełnomocnictwa oraz w zakresie poprawienia Standardowego Formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami. W dniu 19 października 2020 r. Zamawiający skierował do ww. wykonawcy wezwanie do uzupełnienia i poprawienia złożonych uprzednio dokumentów w zakresie wykazu usług Załącznika nr 7 do SIWZ. Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami.

W piśmie zawierającym wezwanie Konsorcjum na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, z przywołaniem treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazał, że następuje to z uwagi na to, iż cena oferty tego wykonawcy jest o 36,70 % niższa od szacunkowej wartości zamówienia i zaznaczył, że w

szczegółności oczekuje szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej ze wskazaniem ilości roboczogodzin. Zamawiający podał m.in.: „Stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami (szczegółową kalkulacją ceny) należy przesłać za pośrednictwem Platformy Marketplanet (...) w terminie do 27 sierpnia 2020 r.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Ad. zarzuty nr 3 i nr 4 dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 10a ustawy Pzp, a także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a ustawy Pzp

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Stosownie do art. 10a ust. 5 Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.*

W ocenie Izby, okoliczności analizowanej sprawy wskazują, że wypełniła się przesłanka odrzucenia oferty Konsorcjum na ww. podstawie.

Jak wynika z rozdz. X SIWZ, który zawiera m.in. postanowienia: pkt 1 w brzmieniu: „Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: 1) wypełniony Formularz Ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ; (...)” oraz pkt 4 w brzmieniu: „Oferta sporządzona i złożona pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej za pośrednictwem Platformy dostępnej pod adresem: <https://umgdy.ezamawiajacy.pl>, powinna być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określonej w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy, albo przez osobę umocowaną (na podstawie pełnomocnictwa) przez osoby uprawnione.” wykonawcy składając ofertę mogli wybrać jeden z ww. sposobów podpisania oferty, tj. albo zgodnie z zasadami reprezentacji przewidzianymi dla nich w dokumentach rejestrowych, albo przez pełnomocnika.

Oferta Przystępującego w pkt A DANE WYKONAWCY: zawiera oświadczenie: „Osoba upoważniona do reprezentacji Wykonawcy/ów i podpisująca ofertę: A. Z. – Polski PCS sp. z o.o., K. S. – Ensteam sp. z o.o.”, co oznacza, że na dzień składania ofert wolał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia było działanie przez każdego z nich, przez osoby upoważnione do reprezentacji tych podmiotów, a nie przez pełnomocnika. Oferta została złożona w postaci elektronicznej. Podpisali ją ww. przedstawiciele obydwu partnerów Konsorcjum tj. p. A. Z. oraz p. K. S., z tym, że o ile pierwszy z partnerów podpisał ofertę kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to drugi z

partnerów Konsorcjum, podpisał ofertę zwykłym podpisem elektronicznym. Nie jest to okoliczność sporna.

Podpis elektroniczny, niebędący kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie spełnia wymogów ustawy Pzp i SIWZ. Z treści art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, który ma zastosowanie w analizowanym postępowaniu, wynika bowiem nakaz sporządzenia oferty pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem/podpisami elektronicznym/y mi osoby/osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy. Brak prawidłowego podpisu oferty skutkuje zatem nieważnością oferty. Treść oferty Przystępującego wyraźnie wskazuje, że wolą wykonawców jest występowanie przy jej złożeniu obydwu partnerów Konsorcjum. W związku z tym każdy z nich był obowiązany złożyć prawidłowy podpis pod ofertą, tj. kwalifikowany podpis elektroniczny. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości konwalidacji wady oferty powstałej na skutek nieprawidłowego jej podpisania.

W okolicznościach analizowanej sprawy, zważywszy m.in. na ww. treść oferty, gdzie partnerzy Konsorcjum wyraźnie wyrazili swoją wolę działania przy składaniu oferty przez każdego z nich, oraz fakt złożenia podpisów przez obydwu partnerów Konsorcjum, z tym, że przez jednego z nich w sposób nieprawidłowy, należy uznać, że naprawa oferty miałaby polegać właśnie na złożeniu pod ofertą prawidłowego podpisu, a nie zmianie wybranego przez partnerów Konsorcjum sposobu działania, tj. przez pełnomocnika, w miejsce działania każdego z partnerów zgodnie z zasadami ich reprezentacji.

Tym samym za nieuprawnioną należy uznać czynność Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia pełnomocnictwa do działania w imieniu Ensteam Sp. z o.o., co nastąpiło ze wskazaniem podstawy w postaci art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, który stanowi, że *jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba, że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania*. Dla zastosowania tego przepisu z okoliczności sprawy powinno wynikać, że wykonawcy wybrali alternatywną możliwość podpisania oferty, o której mowa w ww. rozdz. X pkt 4 SIWZ tj. przez osobę umocowaną na podstawie pełnomocnictwa. Tymczasem, jak wyżej zostało wskazane, z treści oświadczenia Konsorcjum zawartego w ofercie wprost wynika, że partnerzy Konsorcjum nie skorzystali z tej możliwości, a ich wolą było wspólne podpisane oferty, co wskazuje na brak w tej dacie upoważnienia do działania w tym zakresie jednego z partnerów Konsorcjum przez drugiego z partnerów.

W związku z tym potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

Zauważenia również wymaga, że brak woli działania przez pełnomocnika przy składaniu oferty został potwierdzony przez Konsorcjum w wyniku uzupełnienia pełnomocnictwa na wezwanie Zamawiającego, bowiem w formie elektronicznej zostało ono sporządzone w późniejszej dacie niż termin składania ofert, co nie jest okolicznością sporną.

Pełnomocnictwo do złożenia oferty powinno spełniać wymogi przewidziane dla skuteczności jej złożenia, w tym przypadku powinno być złożone w formie elektronicznej i być opatrzone podpisem kwalifikowanym. Wynika to z art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że *jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie*. W związku z tym za niewnoszące nic do sprawy należy uznać twierdzenia Przystępującego, że umowa konsorcjum, upoważniająca Polski PCS sp. z o.o. m.in. do złożenia oferty, została zawarta w postaci papierowej przed terminem składania ofert, tj. 1 lipca 2020 r., na dowód czego złożył na rozprawie kopię umowy, jak również twierdzenie, iż w tej samej dacie zostało sporządzone w postaci papierowej osobne pełnomocnictwo do złożenia oferty dla Polski PCS sp. z o.o. Tym bardziej, że Przystępujący nie skorzystał z możliwości złożenia na wezwanie Zamawiającego poświadczonej kopii pełnomocnictwa.

Wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3a ustawy Pzp nie zaistniała potrzeba rozpatrywania zarzutu ewentualnego tj. zarzutu, tj. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 103 i 104 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej bez umocowania, a następnie niepotwierdzonej.

Ad zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*.

Wystosowanie do Konsorcjum wezwania do wyjaśnień wskazywało, że Zamawiający nie uznał, że cena oferty tego wykonawcy wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oznaczało ono powstanie domniemania istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Dla obalenia takiego domniemania wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle pełne i odnoszące się do przedmiotu zamówienia, aby pozwalały na pozyskanie przez zamawiającego wiedzy, jakie okoliczności spowodowały obniżenie ceny oferty, czy cena oferty obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia i wszystkie czynniki składające się na koszty jego realizacji. Ustawa Pzp nie określa jak mają być sporządzone wyjaśnienia. W tym zakresie wykonawcy mają swobodę, muszą jednak mieć na uwadze w szczególności

cel ich składania, a także to, że od rzetelności złożonych wyjaśnień zależy ich dalszy udział w postępowaniu.

Wykonawca powinien przede wszystkim wskazać i wyjaśnić te elementy ceny, które składają na jej ostateczną wysokość, przy uwzględnieniu pełnego i należytego wykonania danego przedmiotu zamówienia, np. przyjętą organizację prac, koszty wynagrodzeń osób skierowanych do realizacji zamówienia, koszty utrzymania biura. Jego zadaniem jest bowiem wykazanie indywidualnych czynników pozwalających mu na zaoferowanie tak niskiej ceny. Wyjaśnienia powinny być rzeczowe i konkretne, aby mogły stanowić podstawę dla pozyskania przez zamawiającego wiedzy w zakresie okoliczności właściwych danemu wykonawcy, które spowodowały obniżenie ceny jego oferty, jakie oszczędności w ich wyniku wykonawca może osiągnąć. Podane w wyjaśnieniach informacje, powinny być poparte odpowiednimi, dostępnymi wykonawcy, dowodami, w tym np. zawartymi w wyjaśnieniach szczegółowymi kalkulacjami wskazującymi na to, że cena oferty została prawidłowo skalkulowana. Udzielenie wyjaśnień, które nie spełniają ww. wymogów, w szczególności nieodpowiadających w pełni na wezwanie zamawiającego, takich, w których wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Przez rażąco niską cenę rozumie się cenę, która nie pozwala na należyte wykonanie zamówienia, jest nierealistyczna w danych warunkach realizacji konkretnego zamówienia, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień. W związku z tym w przypadku powstania wątpliwości w tym zakresie i wystąpienia Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia, Wykonawca, na którym ciąży dowód w tym zakresie, powinien wykazać, że jego cena została poprawnie skalkulowana. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Nadto zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (...)*, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Przechodząc od powyższych rozważań na grunt analizowanej sprawy, zauważenia wymaga, że w *Informacji dotyczącej kosztów wytworzenia*, złożonej w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Przystępujący wskazał, że Konsorcjum pod przewodnictwem Spółki Polski PCS sp. z o.o. posiada duże doświadczenie w tworzeniu systemów dla branży morskiej. Spółka od trzech lat projektuje systemy i aplikacje dla interesariuszy polskich portów. Doświadczenia w integracji zaprojektowanych

systemów i aplikacji m.in. z systemami Krajowej Izby Skarbowej, Terminali kontenerowych i masowych, systemami portowymi, systemami armatorów, NSW, pozwoliły na optymalizację procesów analitycznych i deweloperskich oraz w wypracowaniu dobrych praktyk w produkcji oprogramowania dla branży morskiej. Zarządzanie doświadczonym zespołem projektowym i deweloperskim zatrudnionym w spółkach konsorcjum pozwala na obniżanie kosztów pośrednich, brak rotacji zaangażowanych w projekt pracowników, skrócenie czasu projektowania i produkcji oprogramowania. W związku z własnymi pracami, które były poprzedzone pracami analitycznymi i zdobytym know-how może zrealizować z niewielkim nakładem kosztów funkcjonalności do projektu, dla którego złożył ofertę. Wykonawca wskazał, jakie biblioteki zrealizował oraz, że Polski PCS z racji swojej funkcji cyfrowej integracji społeczności portowej monitoruje na bieżąco obowiązki sprawozdawcze wynikające z przepisów krajowych oraz unijnych.

W ocenie Izby Informacje te należy ocenić, jako ogólnikowe i niepozwalające na ocenę, jak wskazane przez Konsorcjum okoliczności przekładają się na możliwość obniżenia ceny. Skrótkowo przedstawionych informacji o własnych pracach w zakresie bibliotek, bez przedstawienia ich powiązania z konkretnymi oszczędnościami przy realizacji przedmiotu zamówienia, w tym liczbą roboczogodzin przewidzianą na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, podaną w kalkulacji załączonej do tej Informacji, jak również ogólnych informacji o zarządzaniu doświadczonym zespołem projektowym i deweloperskim w spółkach Konsorcjum, bez potwierdzenia dysponowania takim zespołem za podaną, w załączonej kalkulacji, stawkę, nie można uznać za konkretne i pełne, a także za wykazanie w sposób rzeczowy wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia.

Dopiero w piśmie procesowym oraz na rozprawie Przystępujący rozwinął, podane w wyjaśnieniach twierdzenia i przedstawił je w sposób wskazujący na zamiar wykazania ich powiązania z przedmiotem zamówienia, w tym z założoną liczbą godzin pracy. W piśmie tym przedstawił także nowe okoliczności. Wykonawca ten stwierdził m.in., że wykonane przez niego prace, będą stanowić podstawę prac koniecznych do zrealizowania w ramach przedmiotu zamówienia. Są to biblioteki stanowiące gotowe elementy programistyczne służące do uniwersalnego wykorzystania w zamówieniu do: tworzenia zaawansowanych raportów (business Intelligence), komunikacji z systemem NSW, obsługi uprawnień oraz CRUD – mechanizm dodawania edycji oraz usuwania rekordów, obsługi i mapowania plików typu EDIFACT, XML, XLSX. Zostały również zrealizowane przez Przystępującego mechanizmy stanowiące gotowe dedykowane elementy programistyczne służące do wykorzystania w zamówieniu do: szybkiego projektowania interaktywnych responsywnych formularzy, będące szkieletem do budowy aplikacji dostarczającym zestaw komponentów (kompletny framework frontendowy). Przystępujący podał również, że dokonał analizy

wymagań określonych w stosownych rozporządzeniach wykonawczych, zaprojektował i wykonał wcześniej następujące typy formularzy: FAL-1-6 - służący do wpisania ogólnych informacji związanych ze statkiem, PSC - służący do sporządzania zgłoszenia wstępnego, Wej/Wyj - służący do wpisania informacji związanych z wejściem/wyjściem statku do/z portu. Wykonawca wskazał też, że wykonane w przeszłości prace stanowią o jego przewadze konkurencyjnej, bowiem nie wymagają nowych pracochłonnych nakładów na ich stworzenie, co najwyżej wykonane zostaną w ramach przedmiotu zamówienia niezbędne prace dostosowawcze. Nadto Przystępujący podał, że w trakcie wdrożeń podobnych systemów dla interesariuszy polskich portów zdiagnozowano i rozwiązano pojawiające się problemy związane ze współpracą z systemem NSW. Z tego powodu nakłady pracy oszacowane na testy i wdrożenie systemu będącego przedmiotem zamówienia są prawidłowe. Przystępujący zaplanował wykorzystanie testów automatycznych na podstawie opracowanych ścieżek użytkownika, które zostały stworzone podczas projektowania formularzy IMO-FAL. Testy będą uruchamiana automatycznie, przez co zaangażowanie pracowników będzie znacznie zmniejszone. Ma już postawione środowisko Katalon do uruchamiania testów. Dlatego nie musi zakładać zbyt dużej liczby godzin na przeprowadzenie pełnych testów, bowiem część z nich została już wykonana w ramach wcześniejszych projektów. Wskazał także, że w środowisku informatyków rozpiętość stawek wynagrodzenia jest duża, a przewidziana przez niego stawka godzinowa projektanta jest prawidłowa, bowiem w przypadku stałego i stabilnego zatrudnienia stawki godzinowe są niższe od oferowanych ad hoc dla realizacji pojawiających się na rynku projektów. W przypadku pełnego etatu przy przyjętej stawce koszt programisty to 9 235,00 zł brutto i nie odbiega od średniej płacy w województwie podkarpackim.

Powyższe wskazuje, że było możliwe przedstawienie pełniejszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co powinno nastąpić na wezwanie Zamawiającego, po to, aby mógł dokonać ich oceny, która to czynność podlega ocenie Izby. To jednak nie nastąpiło.

Ubocznie, zatem zauważenia wymaga, że nawet zawarte w piśmie procesowym wyjaśnienia nie zawierają konkretnego wskazania, jak wcześniej wykonane prace przekładają się na oszczędności. Samo np. ww. stwierdzenie, że „*nie musi zakładać zbyt dużej liczby godzin na przeprowadzenie pełnych testów*” nie jest wystarczające dla wykazania, że założona przez niego ilość testów tj. 200 godzin, co stanowi wg wyliczeń Odwołującego 4,5% czasu, jaki został przeznaczony przez Przystępującego na implementację, jest właściwa. Przystępujący nie przedstawił kontrargumentacji w stosunku do twierdzeń Odwołującego dotyczących rynkowych standardów i dobrych praktyk, z których wynika, że relacja ta powinna się kształtować na poziomie 35%.

Również zawarte w ww. piśmie procesowym stwierdzenie, że zarzut niedoszacowania liczby godzin w okresie gwarancyjnym jest całkowicie niezasadny, bowiem Przystępujący jest w posiadaniu wielu przetestowanych wcześniej elementów systemu i z tego powodu nie zakłada stworzenia wadliwego systemu, który będzie wymagać poświęcenia wielu roboczogodzin w okresie gwarancyjnym, nie stanowi konkretnego wykazania realności poczynionych założeń, co do liczby rbh koniecznej dla realizacji tego zakresu zamówienia. Także w tym przypadku Przystępujący nie przedstawił przekonującej kontrargumentacji dla twierdzeń Odwołującego, że przyjęta liczba 400 rbh w odniesieniu do punktu „Instalacja i utrzymanie” jest nieadekwatna w stosunku do zakresu prac, które mają obejmować migrację użytkowników, utrzymanie systemu przez 3 lata oraz rozszerzone utrzymanie, a także obsługę gwarancji i rękojmi, instalację i konfigurację serwera aplikacji, przy uwzględnieniu, że okres realizacji tych usług wynosi ponad 42-miesiące (m.in. 6 miesięcy rozszerzonego utrzymania i 36 miesięcy gwarancji), co oznacza to zaangażowanie na średnim poziomie poniżej 10 rbg miesięcznie i wskazuje, że umowa nie będzie mogła być poprawnie realizowana. Nadto zgodnie z projektem umowy wykonawczej, jak również deklaracją Konsorcjum, w okresie rękojmi i gwarancji usterki o charakterze krytycznym mają być usuwane w ciągu 6 godzin od zgłoszenia, a zaangażowanie na poziomie ok. jednego dnia roboczego w skali miesiąca nie pozwoli na obsługę tego rodzaju zgłoszeń w zadeklarowanych ramach czasowych.

Złożona Zamawiającemu przez Przystępującego, w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, kalkulacja kosztów zawiera liczbę roboczogodzin dla poszczególnych modułów: Development, Testy, Instalacja i utrzymanie, Stworzenie dokumentacji technicznej, Stworzenie pomocy dla użytkowników, Szkolenia użytkowników; łączną liczbę rbh; stawkę brutto godziny pracy w wysokości 71 zł; łączną wartość. Nie został załączony dowód potwierdzający ww. wynagrodzenie zatrudnionych, co było możliwe, na co wskazuje stanowisko prezentowane przez Przystępującego, z którego wynika, że zamierza realizować zamówienie przy pomocy osób przez niego zatrudnionych. W piśmie procesowym Przystępujący wskazał, że w środowisku informatyków rozpiętość stawek jest duża, a przewidziana przez niego stawka godzinowa projektanta jest prawidłowa, bowiem w przypadku stałego i stabilnego zatrudnienia stawki godzinowe są niższe od oferowanych ad hoc dla realizacji pojawiających się na rynku projektów. W przypadku pełnego etatu, przy przyjętej stawce, koszt programisty to 9 235,00 zł brutto i nie odbiega od średniej płacy w województwie podkarpackim. Do pisma został załączony dowód w postaci wydruków ze stron internetowych, a nie np. zanonimizowane umowy o pracę.

W ocenie Izby Przystępujący nie udźwignął ciężaru dowodu i nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które można uznać za wyczerpujące i wystarczające do

jednoznacznego stwierdzenia istnienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny, albo braku takiego charakteru ceny oferty tego wykonawcy. Nie można zatem jednoznacznie stwierdzić, że wystąpiła przesłanka odrzucenia oferty z uwagi na istnienie w niej rażąco niskiej ceny. Jednakże można stwierdzić, że skoro złożone wyjaśnienia nie są wystarczające do obalenia istnienia w ofercie domniemania rażąco niskiej ceny, to Zamawiający nienależycie je ocenił.

Zauważenia wymaga, że aby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający powinien mieć możliwość stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest niewiarygodna, nie obejmuje wszystkich niezbędnych do wykonania zamówienia kosztów. Z kolei, aby pomimo podejrzenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny nie dokonać jej odrzucenia, Zamawiający powinien mieć możliwość - w oparciu o otrzymane wyjaśnienia - stwierdzenia, że za zaoferowaną cenę Konsorcjum jest w stanie należycie wykonać cały przedmiot zamówienia i cena ta pokrywa wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

W związku z tym, jakkolwiek zasadą jest jednokrotne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to jednak zważywszy na treść wezwania do wyjaśnień, które można odczytać w ten sposób, że Zamawiający, jako dowodu oczekuje jedynie szczegółowej kalkulacji ceny, jak również mając na uwadze, że ze złożonej kalkulacji wynika dość znaczna różnica w kwocie pomiędzy ceną oferty, a łączną wartością kosztów powstałych z przemnożenia założonej liczby rbh i stawki godzinowej, i nie jest wiadome, co się na tę różnicę składa, a co może mieć znaczenie, jeśli przyjąć w ślad za Odwołującym, że podstawowe koszty w tym zamówieniu do koszty pracy, Zamawiający mógł wystąpić do Konsorcjum o doprecyzowanie skrótowo przedstawionych informacji, chyba, że stwierdziłby wypełnienie się innej przesłanki odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Powyższe wskazuje, że zarzuty odwołania, które nie zostały wycofane przez Odwołującego, tj. zarzuty, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego, a Przystępujący wniósł sprzeciw wobec ich uwzględnienia, tj. zarzuty nr 1 oraz 3 i 4 odwołania potwierdziły się. W związku z tym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Stosownie do art. 186 ust. 4 ustawy Pzp: *Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.* W ocenie Izby przepis ten ma zastosowanie w analizowanej sprawie w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego z uwagi na to, że Przystępujący wniósł sprzeciw wobec ich uwzględnienia. Jakkolwiek Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty odwołania, to jednak, zważywszy na to, iż sprzeciw jest środkiem prawnym przysługującym wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sytuacji gdy zamawiający uwzględni odwołanie w

całości albo w części, co miało miejsce w analizowanym postępowaniu, okoliczność, iż Odwołujący wycofał pozostałe zarzuty, nie może pozbawiać Przystępującego skorzystania z możliwości skorzystania z przysługującego mu uprawnienia i rozpoznania odwołania w zakresie niewycofanych przez Odwołującego zarzutów odwołania. Sprzeciw ma bowiem na celu zapobieżenie uznaniu zarzutów, a w konsekwencji umorzeniu postępowania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 2 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 2018 r. poz. 972), zasądzając od Przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego, rzecz Odwołującego i Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocników stron na podstawie faktur złożonych przed zamknięciem rozprawy oraz na rzecz Odwołującego zwrot kwoty uiszczzonego wpisu i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Przewodniczący: