

Sygn. akt: KIO 2492/11
KIO 2495/11

WYROK
z dnia 1 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 21 listopada 2011 r. przez wykonawcę **SMT Software Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 13**
- B. w dniu 21 listopada 2011 r. przez wykonawcę **T-matic Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialności z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a**

przy udziale zgłaszających swoje przystąpienia:

- A. wykonawcę **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2492/11 i KIO 2495/11 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcę **ENTE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Gaudiego 7** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2492/11 i KIO 2495/11 po stronie zamawiającego
- C. wykonawcę **T-matic Systems Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2** do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2492/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie **SMT Software Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 13** w całości,

2. uwzględnia odwołanie **T-matic Systems Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert ostatecznych, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie czynności odrzucenia ofert wykonawców **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6** i **ENTE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Gaudiego 7**, oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
3. kosztami postępowania obciąża **SMT Software Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 13** oraz **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się **SMT Software Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 13** i **T-matic Systems Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2** tytułem wpisów od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a** na rzecz **T-matic Systems Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2** kwotę **18 600zł. 00 gr.** (słownie osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2492/11

KIO 2495/11

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „system monitorowania pracy sprzętu zimowego utrzymania dróg krajowych w Polsce” zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, ogłoszeniem o zamówieniu publicznym w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2011r. za numerem 2011/S 107-176492.

W dniu 10 listopada 2011r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach postępowania oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, ul. Berbeckiego 6. Poinformował, że wyboru tego dokonał zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy oraz załączył tabelę obrazującą punktację przyznaną poszczególnym ofertom i tak oferta wybrana uzyskała w jedynym kryterium ceny ocenę 100 pkt. , na drugim miejscu znalazła się oferta wykonawcy Ente sp. zo.o. z siedzibą w Gliwicach, ul. Gaudiego 7 z ilością pkt 82,69, na trzecim miejscu oferta wykonawcy T-matic Systems sp. zo.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Miła 2 z punktacją 69,23, na czwartym Konsorcjum firm GMV Innovating Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Hrubieszowska 2 i Grupo Mecanica del Vuelo Sistemas S.A.U. z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, c/Isaac Newton, 11 Tres Cantos z punktacją 65,65 i na ostatnim piątym miejscu oferta wykonawcy SMT Software Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marszałka J. Piłsudskiego 13 z punktacją 63,17 pkt.

Sygn. akt KIO 2492/11

W dniu 21 listopada 2011r. wykonawca SMT Software S.A. wniósł odwołanie na czynność badania i oceny ofert, zaniechanie zażądania od wykonawców : WASKO SA, ENTE Sp. z o.o. oraz Konsorcjum GMV Innovating Solutions sp. z o.o. dokumentów poświadczających spełnienie warunku łączności z serwerem minimum do trzech styków (str. 5/6 SIWZ), zaniechania odrzucenia ofert wykonawców WASKO SA, ENTE, Sp. z o.o., oraz Konsorcjum firm: GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. o że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty T-matic Systems Sp. z o.o.

jako zawierającej rażąco niską cenę, wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez wybór oferty WASKO Sp. z o.o., pomimo iż podlegała ona odrzuceniu, zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie art. 7 PZP, art. 44 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 PZP oraz art. 91 PZP, jak również § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący żądał:

- a) odrzucenia ofert WASKO SA, ENTE, Sp. z o.o., oraz Konsorcjum GMV Innovating Solutions sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP,
- b) odrzucenia oferty T-matic Systems Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP,
- c) dokonania ponownie czynności oceny ofert,
- d) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w wypadku odrzucenia ofert WASKO SA, ENTE Sp. z o.o., T-matic Sp. z o.o. oraz Konsorcjum GMV Innovating Solutions sp. z o.o., oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący SMT Software SA wskazał, że stosownie do postanowień SIWZ, oferenci w ramach postępowania winni złożyć ofertę wg wzoru przedstawionego przez zamawiającego. W skład oferty (załącznik) wchodził kosztorys ofertowy (formularz cenowy). W Kosztorysie tym oferenci winni wycenić poszczególne składniki składające się na cenę ostateczną, będącą przedmiotem badania i rzutującą tym samym na wybór określonej oferty. Trzech oferentów nie wypełniło wszystkich pozycji z kosztorysu ofertowego. I tak oferta WASKO SA i ENTE Sp. z o.o. nie zawiera wyceny przeprogramowania urządzeń lokalizacyjnych w celu umożliwienia transmisji danych do systemu dostawcy (pkt 11 kosztorysu). W przypadku zaś oferty złożonej przez Konsorcjum GMV, w pozycjach 8, 12 i 13 kosztorysu wpisane zostały kwoty „0”. Sytuacja ta skutkuje tym, iż złożone oferty nie odpowiadają treści SIWZ.

Według odwołującego, zgodnie z utrwalonym poglądem, za treść oferty, może być uznane zestawienie kosztów stanowiące część oferty wykonawcy. Dzieje się tak wówczas, to zestawienie służy do wyliczenia wynagrodzenia. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał „Instytucja odrzucenia oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) - przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP”, opubl. w Informator Urzędu Zamówień publicznych Nr 5 2009, wyrok Izby z dnia z dnia 8 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 663/09, wyrok Izby z dnia 26 lutego 2009 r. KIO/UZP 157/09, KIO/UZP 159/09, KIO/UZP 174/09. Dodatkowo wskazał, że już w niniejszym postępowaniu Izba zajmowała się

pośrednio koniecznością wypełniania wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego przez oferentów (wyrok z dnia 17 października 2011 r. w sprawie KIO 2128/11). Wówczas Izba wprost stwierdziła w uzasadnieniu do wyroku, iż wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani są do dokonania rzetelnej wyceny każdej pozycji kosztorysu (str. 12 uzasadnienia). Odwołujący SMT uznał zatem, że w świetle powyższego, niewycenienie jednej z pozycji składającej się na całościową ofertę stanowi o jej niezgodności z treścią SIWZ, a tym samym oferty zawierające to uchybienie winny być odrzucone ze względu na treść art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Odrzuceniu podlegała również oferta złożona przez T-matic Sp. z o.o., ze względu na fakt, iż czynności wymienione w pkt 11-13 kosztorysu ofertowego wycenione zostały na 1 zł. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Wskazał na stanowisko doktryny co do pojęcia rażąco niska cena - opinia prawna opublikowana w Informatorze Urzędu Zamówień publicznych Nr 5 2009. Odwołujący SMT uważał, że z taka nierealistyczna wycena występuje w ofercie T-matic. Wycena czynności przeprogramowania urządzeń, montażu i demontażu zestawu na kwotę 1 zł odbiega bowiem w sposób znaczący od cen panujących na rynku. Wskazać bowiem należy, iż na koszt przeprogramowania, czy też montażu i demontażu urządzeń składa się nie tylko koszt pracy monterów, ale również koszt jego dojazdu do miejsca garażowania pojazdu, na którym mają zostać dokonane wyceniane czynności. Uwzględniając stawkę za 1 kilometr w kwocie 0,8358 zł za jeden kilometr, to samo dojechanie na miejsce montażu konsumuje całość stawki przeznaczonej na tę czynność, nie mówiąc już o kosztach montażu (demontażu, przeprogramowania), który zajmuje ok. 45 min na każde urządzenie. Podniósł, że możliwe było skalkulowanie zaniżonych w pozycji w innym miejscu kosztorysu, ale wymagało to oszacowania faktycznych wolumenów zamówień z poszczególnych pozycji. Tylko firma T-matic dysponuje wiedzą o strukturze floty i zainstalowanych dotąd urządzeniach (jako dotychczasowy usługodawca współpracujący przez ostatnie 4 lata z zamawiającym), która nie jest dostępna dla pozostałych oferentów. Ujęcie więc faktycznych kosztów montażu i demontażu w sposób nietransparentny w innych pozycjach kosztorysu zaburza porównywalność złożonych ofert (gdzie zamawiający sztucznie zakłada wolumen 2000 przy każdej pozycji). Według odwołującego SMT firma T-matic ukryła faktyczne koszty montażu w pozycjach 1-3 kosztorysu, przez co suma tych trzech pozycji jest w tej ofercie najwyższa spośród złożonych ofert. Stoimy zatem na stanowisku, że podanie ceny 1 PLN z jednoczesnym wliczeniem ceny realnej do innej pozycji kosztorysu powinno być przesłanką do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z wymaganiami SIWZ, w szczególności z uwagi na celowe wprowadzenie nieporównywalności ofert według kryterium przyjętego przez zamawiającego. Podniósł dodatkowo, że oferta złożona przez T-matic Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zgodnie bowiem z pkt. 1. opisu przedmiotu zamówienia "odczyt powinien odbywać się w czasie rzeczywistym w oknie przeglądarki internetowej - zawsze tylko w jednym oknie". Jak wynika natomiast ze złożonej przez T-matic oferty (§ 2 lit. a umowy licencyjnej) oferowany system wymaga aktywnej obsługi wyskakujących okienek.

Zamawiający według odwołującego SMT naruszył także § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z tym przepisem, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać określonych dokumentów. Oferenci WASKO SA, ENTE Sp. z o.o. oraz Konsorcjum GMV przedstawiły jedynie stosowne oświadczenia. Dokonując bowiem analizy 25 ust. 1 PZP, zgodność oferowanych usług z oczekiwaniami zamawiającego może być potwierdzona albo poprzez oświadczenia albo przez stosowne dokumenty. Tym samym ustawodawca wyraźnie rozróżnia oświadczenia od dokumentów. W niniejszym postępowaniu zamawiający na potwierdzenie faktu posiadania określonych łącz do serwera zażądał dokumentów. Spełnieniem tego wymagania wynikającego z SIWZ nie jest więc przedłożenie oświadczeń. Oferenci winni załączyć co najmniej jeden z dokumentów wymienionych w § 5 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 listopada 2011r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu w dniu 21 listopada 2011r. faksem.

W dniu 21 listopada 2011r. zamawiający drogą elektroniczną przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24 listopada 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca WASKO SA wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego przez zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i uprawnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 listopada 2011r. faksem

W dniu 24 listopada 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca ENTE sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy zajmującego drugie miejsce w rankingu wykonawców przed odwołującym SMT oraz nie podlegającej odrzuceniu. Wskazał także na interes sensu largo w dążeniu do

zapewnienia prawidłowości postępowania. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 listopada 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu przystępującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia

Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 listopada 2011r. faksem.

W dniu 24 listopada 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca T-matic Systems sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty T-matic Systems sp. z o.o. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż żądania odwołania zmierzają do eliminacji jego oferty. Wskazał, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny jest bezzasadny, gdyż koszt przeprogramowania urządzenia jest niższy do kosztu dostawy nowego urządzenia i oddaje rzeczywiste nakłady i w przypadku T-matic, jako dotychczasowego obsługującego lokalizatory wynosi równowartość kosztu wysłania 1 smsa tj. 0,1zł. Ponad zarzut rażąco niskiej ceny może odnosić się wyłącznie do ceny dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie elementu kosztorysu. Na uzasadnienie swego stanowiska powołał wyrok Izby z dnia 22 lipca 2011r. sygn. akt KIO 1452/11. Co do zarzutu nie spełnienia wymagania odczytywania w czasie rzeczywistym w jednym oknie przeglądarki internetowej, to jest on bezpodstawny, gdyż oferowane przez przystępującego rozwiązanie polega na dostarczeniu aplikacji monitorującej, w ramach której wszystkie funkcjonalności są obsługiwane w ramach jednego okna przeglądarki od momentu zalogowania się do systemu. Wymaganie zawarte w licencji aktywnej obsługi wyskakujących okienek ma na celu ułatwienie procesu logowania się do aplikacji i spowodowanie otwarcia aplikacji w pełnym oknie przeglądarki internetowej bez konieczności ręcznego powiększania okna przez użytkowników. Po zalogowaniu wszystkie czynności SA wykonywane tylko i wyłącznie w ramach jednego okna przeglądarki. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 września 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji i ujawnionego w KRS, z którego odpis załączono do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 24 listopada 2011r.

W dniu 29 listopada 2011r. wpłynęło pismo procesowe przystępującego WASKO, w którym przedstawił on poniższą argumentację.

Zarzut zaniechania odrzucenia jego oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią siwz jest bezzasadny i oparty na błędnym założeniu, że oferta przystępującego WASKO nie zawiera wyceny poz. 11 kosztorysu. Założenie to jest błędne, bo przystępujący nie wykreślił tej pozycji z kosztorysu, a jedynie w miejscach na wycenę postawił kreski, nadto pod kosztorysem dodał oświadczenie, zgodnie z którym wskazał, że pozycja nr 11 wynosi 0,00zł. Według

przystępującego oznacza to, że zaoferował przeprogramowanie urządzeń lokalizacyjnych w celu umożliwienia transmisji danych do systemu dostawcy i jej wykonanie wycenił na zero złotych. Przystępujący wskazał na konieczność odpowiedniego stosowania art. 60 i 65 kc w związku z art. 14 ustawy. Wskazał, że brak żądania zapłaty wynagrodzenia za dana pozycję kosztorysu nie świadczy o braku woli wykonania tej pozycji i nie może być podstawą odrzucenia jego oferty, co potwierdza orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 czerwca 2007r. sygn. akt V Ca 1148/07. Wskazał także, iż w żadnym miejscu siwz nie wyartykułowano wymogu posłużenia się w kosztorysie wyłącznie liczbami, a nawet gdyby taki obowiązek istniał to uchybienie mu jest naruszeniem co do formy, a nie treści i nie rodzi skutku odrzucenia oferty. Wskazał także na swoje oświadczenie złożone w pkt. 6 formularza oferty dotyczące zapoznania się i zaakceptowania treści siwz oraz na fakt załączenia do oferty i parafowania wzoru umowy, w tym postanowień dotyczących wynagrodzenia i zobowiązań dostawcy względem wykonawców z.u.d. Przystępujący wyjaśnił także powód zaoferowania usługi przeprogramowania za zero złotych. Wskazał na ustalenia Izby w tym zakresie poczynione w wyroku z dnia 17 października 2011r. sygn. akt KIO 2128/11 i podniósł, że pozycje 3-18 kosztorysu ofertowego nie są dostawami lub usługami składającymi się na przedmiot niniejszego zamówienia. Wypełnienie tych pozycji ma jedynie gwarantować stałość cen za tego typu dostawy lub usługi przez czas trwania umowy. Za ewentualny zakup usług lub dostaw w ramach tych pozycji zapłacą firmy wykonujące zimowe utrzymanie dróg dla zamawiającego. Wskazał, że dla kalkulacji poz. 11 kosztorysu istotne znaczenie miały postanowienia siwz ze str. 4 pkt. 6, które nakazywały możliwość wykorzystania używanych lokalizatorów z zastrzeżeniem, że urządzenia te będą posiadały otwarty protokół komunikacyjny. Zamawiający umożliwił wykonawcom dokonanie wizji w tym zakresie. W dacie wydawania wyroku Izba stwierdziła, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani są do dokonania rzetelnej wyceny każdej pozycji kosztorysu, a kontrola tej czynności może zostać przeprowadzona w toku oceny ofert. Przystępujący w dniu 28 października 2011r., a więc już po wydaniu wyroku przez Izbę dokonał wizji lokalizatorów, a dodatkowo zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia, co należy rozumieć pod pojęciem otwartego protokołu komunikacyjnego i zamawiający odpowiadając na pytanie nr 98 w dniu 3 listopada 2011r. takiej odpowiedzi udzielił. W ramach odpowiedzi wskazał, że pojęcie otwartego protokołu komunikacyjnego jest tożsame z pojęciem otwartego standardu zdefiniowanego w dokumencie „Europejskie Ramy Interoperacyjności Wer. 1.0”, wskazał także, że w przypadku zamkniętego protokołu oraz braku możliwości nie będzie wymagane wykorzystanie istniejących urządzeń. Uwzględniając te wyjaśnienia przystępujący ustalił, że urządzenia T-matic VTS ZUD nie posiadają otwartego protokołu komunikacyjnego, ustalenie to było spójne z oświadczeniem T-matic złożonym w postępowaniu sygn. akt KIO 2128/11. Skoro zaś brak jest takiego protokołu, to zamawiający nie będzie wymagał wykorzystania istniejących

urządzeń i prawdopodobieństwo wykonania ich przeprogramowania wynosi zero, a zatem jedyną racjonalną, rynkową i prawidłowo skalkulowaną ceną za taką usługę jest właśnie zero złotych. Okoliczności ustalenia takiej ceny zaistniały po wydaniu wyroku sygn. akt KIO 2128/11. Podkreślił, że od samego początku dla wszystkich wykonawców było jasne, że nie zostanie dokonane przeprogramowanie 2000 sztuk lokalizatorów i jednocześnie zakup 2000 nowych lokalizatorów, bo suma wszystkich lokalizatorów w tym postępowaniu wynosi 2000 sztuk, dlatego jest oczywiste, że dla rzetelnej wyceny należało najpierw ustalić ile lokalizatorów trzeba kupić a ile przeprogramować. Tylko wtedy zalecenie zamawiającego, co do wizji lokalnej miało sens, bo gdyby zamawiający nakazał wycenić każdorazowo 2000 sztuk lokalizatorów nowych i przeprogramowanych, to dokonywanie wizji byłoby zbędne. Podkreślił, że wobec oświadczenia zamawiającego w wyjaśnieniach do pytania 98 zasadne było przyjęcie, że wykonanie usługi przeprogramowania jest niemożliwe. W zakresie zarzutu braku dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku łączności z serwerem minimum do 3 styków, to przystępujący uznał ten zarzut za niezasadny, bo z treści siwz nie wynika, że wystawcą takiego dokumentu musi być podmiot trzeci inny niż wykonawca. Sam odwołujący SMT złożył w tym zakresie oświadczenie z tą jedynie różnicą, że wystawione przez podmiot wykonujący usługę hostingu na jego rzecz, podczas gdy przystępujący dysponuje własną serwerownią i dlatego tylko on mógł potwierdzić wymagane parametry. Z ostrożności wskazał, że dokumenty dotyczące tego wymogu są dokumentami potwierdzającymi jakość oferowanych usług i jako takie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 29 listopada 2011r. przystępujący T-matic także złożył pismo procesowe, w którym wskazał, że oba zarzuty dotyczące jego oferty są bezpodstawne. W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny podniósł, że montaż i demontaż polega na prostych czynnościach manualnych jak wpięcie i wypięcie zestawu słuchawkowego i trwa to kilka sekund, więc trudno wycenić taką czynność, a ponadto sami wykonawcy ZUD mogą ją wykonać pod nadzorem dostawcy. Ponownie podkreślił, że dla stwierdzenia rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia. W zakresie drugiego zarzutu podniósł, że jego system pracuje w jednym okienku i na dowód tego zawniósł o przeprowadzenie dowodu z oględzin działającego systemu.

Sygn. akt KIO 2495/11

Odwołujący T-matic wniósł odwołanie w dniu 21 listopada 2011r. wskazując, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w wyniku badania i oceny ofert zamawiający zaniechał czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp i w konsekwencji

wybrał wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona. Zaniechał również odrzucenia oferty wykonawcy drugiego w kolejności. Stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż warunki udziału w postępowaniu zostały potwierdzone jedynie przez odwołującego. Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności, do których jest zobowiązany - oferta odwołującego T-matic zostałaby wybrana.

Odwołujący t-matic zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- Art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 6 i 8 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że ich treść jest niezgodna z treścią SIWZ (w zakresie kosztorysu i dokumentów merytorycznych - przykładowo - warunków serwisu, licencji, wymogu potwierdzenia przepustowości łącza), zawierają błędy w obliczeniu ceny, są nieważne na podstawie art. 58 § 1 kc w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów możliwe do realizacji w zw. z art. 387 KC, a ponadto zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że faktycznie zostały złożone przez jednego wykonawcę,
- Art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez zaniechanie wyjaśnień i próby ewentualnej poprawy błędów w stosunku do ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. pomimo, że oferty ta zawierały niezgodności,
- Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Wasko S.A. z postępowania, pomimo, że złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania,
- Art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie uzupełnienia dokumentów przedmiotowych oraz wyjaśnienia przedmiotowych dokumentów,
- Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Wasko S.A. i Ente sp. z 0.0. z postępowania z uwagi na to, że popełnili czyn nieuczciwej konkurencji, składając oferty w porozumieniu, zamieszczając w nich niedopuszczalne oświadczenia, mając na celu utrudnienie postępowania a w konsekwencji działając na szkodę zamawiającego i wykonawców,
- art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne potraktowanie odwołującego T-matic i wykonawców Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. poprzez jednakową ocenę ich ofert pomimo, że oferty Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. były niekompletne, nie dotyczyły całego przedmiotu zamówienia, zawierały błędy w obliczeniu ceny natomiast oferta odwołującego była bezbłędna i zawierała wszelkie informacje i dokumenty wymagane przez zamawiającego,
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego T-matic,
- innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert - w tym wyboru jako najkorzystniejszej - oferty Wasko SA, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z-w tym odrzucenia oferty wykonawców Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o., wykluczenia wykonawcy Wasko S.A. z postępowania, dokonanie wyboru oferty odwołującego T-matic w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu złożono odwołanie dotyczące modyfikacji SIWZ, w którym to postępowaniu odwołujący T-matic domagał się stwierdzenia nieprawidłowości modyfikacji w związku z tym, że w jego ocenie - zamawiający wprowadził pozycję, które uniemożliwi składanie porównywalnych ofert. W trakcie postępowania - zamawiający twierdził, że wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązani są wycenić tę pozycję (pozycja nr 11), a przystępujący - Wasko S.A. popierał to stanowisko zamawiającego. W wyroku rozstrzygającym sprawę - rację wykonawcy Wasko S.A. i zamawiającemu przyznał skład orzekający KIO, oddalając ten zarzut (dotyczący pozycji 11 kosztorysu ofertowego). Według odwołującego T-matic, pomimo to - zarówno wykonawca Wasko S.A. jak i wykonawca ENTE sp. z o.o. w swoich ofertach - nie zaoferowali wykonania pozycji, której dotyczyło odwołanie w tamtym postępowaniu. Nie zastosowali się do treści pkt V ust. 1 lit c) SIWZ SIWZ, gdyż zgodnie z wyjaśnieniami z 3.11.2011r. - pytanie nr 97 - zamawiający wskazał, że do oceny ofert będą brane pod uwagę wszystkie elementy składowe kosztorysu - pozycje 1-18.

Podniósł, że brak w kosztorysie są omyłkami nie dopoprawienia, co wnika z orzecnictwa Izby i sądów powszechnych wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt XII GA 429/09, wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP1637/09, wyrok KIO z dnia 26 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 157/09,159/09, 174/09.

W tej sytuacji - wykonawca Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. zaoferowali w istocie odmienny sposób wykonania zamówienia - wyłącznie poprzez dostawę nowych urządzeń, nie oferując przeprogramowania istniejących.

Wykonawca Wasko nie zastosował się do własnego stanowiska w trakcie postępowania odwoławczego, stanowiska zamawiającego, stanowiska KIO. Złożyli niepełne i nieporównywalne oferty. Odwołujący podkreślił, że oferty Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. zostały przygotowane w bardzo podobny sposób - zawierają te same błędy i niezgodności z SIWZ, w związku z powyższym odwołujący przedstawił swoją argumentację do obu ofert łącznie. Oferty Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. nie zawierają cen w pozycji nr 11 kosztorysu ofertowego, co oznacza, że wykonawcy nie zaoferowali „Przeprogramowania urządzeń lokalizacyjnych, w celu umożliwienia transmisji danych do systemu dostawcy” - potwierdzają to oświadczenia - z tym, że w przypadku Ente sp. z o.o. wykonawca oświadczył:

„w związku z tym, że urządzenia lokalizacyjne, o których mowa w poz. 11 powyżej, nie mają otwartego protokołu komunikacyjnego, usługa z poz. 11 nie będzie realizowana”,

Wykonawca Wasko S.A. z kolei oświadczył:

„W związku z tym, że lokalizatory T-matic nie posiadają protokołu otwartego nie jest możliwa usługa przeprogramowania, stąd pozycja nr 11 wynosi 0, 00 zł.”.

Z tych oświadczeń oraz kosztorysu według odwołującego wynika, że oferty te powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z powodu niezgodności z treścią SIWZ. Oferty te według odwołującego podlegały także odrzuceniu jako zawierające błędy w obliczeniu ceny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z uwagi na brak pozycji nr 11 w kosztorysach ofertowych, tj. przyjęcie mylnych założeń i innego stanu faktycznego niż wynikający z siwz do skalkulowania ceny. Potwierdza to stanowisko, według odwołującego T-matic wyrok Izby z dnia 21.10.2010r. KIO/2182/10.

Ponadto obie oferty powinny zostać odrzucone jako niemożliwe do wykonania na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 KC, gdyż wykonawcy Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. nie zaoferowali „Przeprogramowania urządzeń lokalizacyjnych, w celu umożliwienia transmisji danych do systemu dostawcy”, co oznacza że nie wykonają świadczenia, gdy o przeprogramowanie zwróci się wykonawca zimowego utrzymania dróg. Zamawiający nie będzie od nich mógł egzekwować takiego zlecenia, gdyż nie zaoferowali tej usługi. Ich oferta jest niepełna i nie powinna być porównywana z ofertami pełnymi, gdzie wykonawcy uwzględnili wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego. Podniósł, że złożenie ofert przez Wasko SA i Ente sp. z o.o. można zakwalifikować również jako czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Podkreślił, że obydwie oferty - Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. są przygotowane w bardzo podobny sposób - ocenie odwołującego T-matic-powodujący, iż można nabrać podejrzeń o łączne przygotowywanie obydwu tych ofert. Wskazał na użycie bardzo podobnych określeń w części oferty odnoszącej się do poz. 11 kosztorysu ofertowego. W ocenie odwołującego takie działanie jest sprzeczne z prawem tj. narusza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i polega na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, a przedmiotem uzgodnienia była oferta w zakresie przeprogramowania lokalizatorów.

Ponadto, według odwołującego T-matic wykonawca Wasko S.A. złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego

postępowania - z jednej strony twierdząc o możliwości przeprogramowania urządzeń w trakcie postępowania odwoławczego, z drugiej strony - twierdząc o niemożliwości przeprogramowania urządzeń - na kosztorysie ofertowym. Wykonawca Wasko SA w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO2128/11 oświadczył „być może istnieje możliwość udostępnienia protokołów czy oprogramowania do odczytania protokołów przez producentów lokalizatorów” - dowód - protokół rozprawy z dnia 14 października 2011r. - s. 4 i poparł stanowisko zamawiającego, że wykonawcy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu zobowiązani są wycenić pozycję 11 kosztorysu ofertowego. Jego twierdzenia, jako przystępującego, spowodowały w konsekwencji, że odwołanie odwołującego T-matic zostało oddalone w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 11 kosztorysu ofertowego, którego teraz Wasko SA nie wypełnił i jednocześnie złożył oświadczenie, że : „w związku z tym, że lokalizatory T-matic nie posiadają protokołu otwartego nie jest możliwa usługa przeprogramowania, stąd pozycja nr 11 wynosi 0, 00 zł.". Odwołujący T-matic stwierdził, że oświadczenia WASKO z rozprawy i z oferty są ze sobą sprzeczne i jedno z nich z pewnością stanowi nieprawdziwą informację, mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego T-matic, Wasko S.A. oraz Ente sp. z o.o. nie przedłożyły dokumentów potwierdzających spełnienie warunku z pkt 2 tabeli na str. 6 SIWZ, tj. wymaganego potwierdzenia podłączenia serwera Dostawcy łączem o minimalnej prędkości łącza 20Mbps, minimum trzech styków operatorskich przez protokół BGP, przedkładając jedynie własne oświadczenia w tym zakresie, co nie może być uznane za potwierdzenie tego wymogu. W pkt 2 tabeli na str. 6 SIWZ zamawiający wymagał przedstawienia w ofercie dokumentów potwierdzających ww. wymóg.". Tymczasem Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. - przedłożyły w tym zakresie wyłącznie własne oświadczenia.

Odwołujący T-matic podniósł, że w postępowaniu mogło dojść do złożenia dwóch ofert przez ten sam podmiot. Podobieństwo ofert Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. może powodować, iż twierdzenie takie wysoce uprawdopodobnione. A tym samym - rozważenia wymaga konieczność odrzucenia ofert Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 Pzp. Oferty Wasko S.A. i Ente sp. z o.o. zostały sporządzone w niemal identyczny sposób – odwołujący T-matic wniósł o analizę dokumentów ofertowych pod kątem podobieństwa i znamion uzgodnienia i przygotowania ich przez ten sam podmiot. W ocenie Odwołującego sama treść tych ofert jest dowodem samym w sobie na przygotowanie ich i złożenie przez jednego wykonawcę, a po analizie odpisów z KRS zarówno Wasko S.A. jak i Ente sp. z o.o. – odwołujący stwierdził, że wykonawcą, który złożył obydwie te oferty jest Wasko S.A.

Odwołujący wniósł także o analizę, czy warunki serwisu, licencja lub struktura funkcjonalna projektu wraz z wykazem osób odpowiedzialnych - są zgodne z wymaganiami siwz, gdyż jak wynika z jego doświadczenia warunki serwisu firm informatycznych zawierają często szereg

niedopuszczalnych wyłączeń, które powodują, iż w praktyce - mogą w nieograniczony sposób unikać świadczenia usługi serwisowej w ramach gwarancji, a to może świadczyć o niezgodności ofert WASKO SA i Ente sp. z o.o. z siwz, gdyż zamawiający wskazał na konieczność zapewnienia gwarancji. Według odwołującego T-matic należy także sprawdzić czy ci wykonawcy mają prawa do licencji, które zaoferowali. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 września 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu odwołującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji i ujawnionego w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 21 listopada 2011r. bezpośrednio.

W dniu 21 listopada 2011r. zamawiający drogą elektroniczną przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24 listopada 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca WASKO SA wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego przez zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i uprawnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 24 listopada 2011r. faksem

W dniu 24 listopada 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca ENTE sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy zajmującego drugie miejsce w rankingu wykonawców przed odwołującym SMT oraz nie podlegającej odrzuceniu. Wskazał także na interes sensu largo w dążeniu do zapewnienia prawidłowości postępowania. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 listopada 2011r. udzielonego przez prezesa zarządu przystępującego upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia

Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 23 listopada 2011r. faksem.

W dniu 29 listopada 2011r. wpłynęło pismo procesowe przystępującego WASKO, w którym przedstawił on poniższą argumentację.

Zarzut zaniechania odrzucenia jego oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią siwz jest bezzasadny i oparty na błędnym założeniu, że oferta przystępującego WASKO nie zawiera wyceny poz. 11 kosztorysu. Założenie to jest błędne, bo przystępujący nie wykreślił tej pozycji z kosztorysu, a jedynie w miejscach na wycenę postawił kreski, nadto pod kosztorysem dodał oświadczenie, zgodnie z którym wskazał, że pozycja nr 11 wynosi 0,00zł. Według

przystępującego oznacza to, że zaoferował przeprogramowanie urządzeń lokalizacyjnych w celu umożliwienia transmisji danych do systemu dostawcy i jej wykonanie wycenił na zero złotych. Przystępujący wskazał na konieczność odpowiedniego stosowania art. 60 i 65 kc w związku z art. 14 ustawy. Wskazał, że brak żądania zapłaty wynagrodzenia za dana pozycję kosztorysu nie świadczy o braku woli wykonania tej pozycji i nie może być podstawą odrzucenia jego oferty, co potwierdza orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 czerwca 2007r. sygn. akt V Ca 1148/07. Wskazał także, iż w żadnym miejscu siwz nie wyartykułowano wymogu posłużenia się w kosztorysie wyłącznie liczbami, a nawet gdyby taki obowiązek istniał to uchybienie mu jest naruszeniem co do formy, a nie treści i nie rodzi skutku odrzucenia oferty. Wskazał także na swoje oświadczenie złożone w pkt. 6 formularza oferty dotyczące zapoznania się i zaakceptowania treści siwz oraz na fakt załączenia do oferty i parafowania wzoru umowy, w tym postanowień dotyczących wynagrodzenia i zobowiązań dostawcy względem wykonawców z.u.d. Przystępujący wyjaśnił także powód zaoferowania usługi przeprogramowania za zero złotych. Wskazał na ustalenia Izby w tym zakresie poczynione w wyroku z dnia 17 października 2011r. sygn. akt KIO 2128/11 i podniósł, że pozycje 3-18 kosztorysu ofertowego nie są dostawami lub usługami składającymi się na przedmiot niniejszego zamówienia. Wypełnienie tych pozycji ma jedynie gwarantować stałość cen za tego typu dostawy lub usługi przez czas trwania umowy. Za ewentualny zakup usług lub dostaw w ramach tych pozycji zapłacą firmy wykonujące zimowe utrzymanie dróg dla zamawiającego. Wskazał, że dla kalkulacji poz. 11 kosztorysu istotne znaczenie miały postanowienia siwz ze str. 4 pkt. 6, które nakazywały możliwość wykorzystania używanych lokalizatorów z zastrzeżeniem, że urządzenia te będą posiadały otwarty protokół komunikacyjny. Zamawiający umożliwił wykonawcom dokonanie wizji w tym zakresie. W dacie wydawania wyroku Izba stwierdziła, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani są do dokonania rzetelnej wyceny każdej pozycji kosztorysu, a kontrola tej czynności może zostać przeprowadzona w toku oceny ofert. Przystępujący w dniu 28 października 2011r., a więc już po wydaniu wyroku przez Izbę dokonał wizji lokalizatorów, a dodatkowo zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia, co należy rozumieć pod pojęciem otwartego protokołu komunikacyjnego i zamawiający odpowiadając na pytanie nr 98 w dniu 3 listopada 2011r. takiej odpowiedzi udzielił. W ramach odpowiedzi wskazał, że pojęcie otwartego protokołu komunikacyjnego jest tożsame z pojęciem otwartego standardu zdefiniowanego w dokumencie „Europejskie Ramy Interoperacyjności Wer. 1.0”, wskazał także, że w przypadku zamkniętego protokołu oraz braku możliwości nie będzie wymagane wykorzystanie istniejących urządzeń. Uwzględniając te wyjaśnienia przystępujący ustalił, że urządzenia T-matic VTS ZUD nie posiadają otwartego protokołu komunikacyjnego, ustalenie to było spójne z oświadczeniem T-matic złożonym w postępowaniu sygn. akt KIO 2128/11. Skoro zaś brak jest takiego protokołu, to zamawiający nie będzie wymagał wykorzystania istniejących

urządzeń i prawdopodobieństwo wykonania ich przeprogramowania wynosi zero, a zatem jedyną racjonalną, rynkową i prawidłowo skalkulowaną ceną za taką usługę jest właśnie zero złotych. Okoliczności ustalenia takiej ceny zaistniały po wydaniu wyroku sygn. akt KIO 2128/11. Podkreślił, że od samego początku dla wszystkich wykonawców było jasne, że nie zostanie dokonane przeprogramowanie 2000 sztuk lokalizatorów i jednocześnie zakup 2000 nowych lokalizatorów, bo suma wszystkich lokalizatorów w tym postępowaniu wynosi 2000 sztuk, dlatego jest oczywiste, że dla rzetelnej wyceny należało najpierw ustalić ile lokalizatorów trzeba kupić a ile przeprogramować. Tylko wtedy zalecenie zamawiającego, co do wizji lokalnej miało sens, bo gdyby zamawiający nakazał wycenić każdorazowo 2000 sztuk lokalizatorów nowych i przeprogramowanych, to dokonywanie wizji byłoby zbędne. Podkreślił, że wobec oświadczenia zamawiającego w wyjaśnieniach do pytania 98 zasadne było przyjęcie, że wykonanie usługi przeprogramowania jest niemożliwe. W zakresie zarzutu braku dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku łączności z serwerem minimum do 3 styków, to przystępujący uznał ten zarzut za niezasadny, bo z treści siwz nie wynika, że wystawcą takiego dokumentu musi być podmiot trzeci inny niż wykonawca. Sam odwołujący SMT złożył w tym zakresie oświadczenie z tą jedynie różnicą, że wystawione przez podmiot wykonujący usługę hostingu na jego rzecz, podczas gdy przystępujący dysponuje własną serwerownią i dlatego tylko on mógł potwierdzić wymagane parametry. Z ostrożności wskazał, że dokumenty dotyczące tego wymogu są dokumentami potwierdzającymi jakość oferowanych usług i jako takie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Podniósł, że zarzut rażąco niskiej ceny jego oferty jest bezzasadny i oparty na tych samych błędnych podstawach, co omówione przy ww. zarzutach. W zakresie zarzutu niemożliwości wykonania oferty i konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 387 kc, to sytuacja opisana w odwołaniu T-matic nie będzie miała miejsca, bo lokalizatory T-matic VTS ZUD nie posiadają otwartego protokołu komunikacyjnego, zgodnie z definicją przyjętą przez zamawiającego. W zakresie zarzutu złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 58 par. 1 kc i w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, to przystępujący zaprzeczył, aby uzgadniał z Ente sp. z o.o. warunki składanych ofert, a w szczególności zakres prac czy cenę. Zarzuty odwołującego T-matic oparte są wyłącznie na domniemaniach, a na odwołującym spoczywa obowiązek dowiedzenia faktu, z którego wywodzi skutki prawne. W tym zakresie przystępujący powołał wyrok Izby z dnia 28 października 2011r. sygn. akt KIO 2222/11, 2223/11, z dnia 21 września 2010r. sygn. akt KIO/UZP 965/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 2446/09, wyroku Izby z dnia 5 stycznia 2011r. sygn. akt KIO 2766/10 oraz orzeczenie

ETS Fabricom v Państwo Belgijskie sygn. akt C 21/03 i C 34/03. Wskazał, że nie wpływał na wynik postępowania np. poprzez celowe nieskładanie czy nieuzupełnianie dokumentów tak, aby zamówienie mogła uzyskać firma Ente. Odnośnie zarzutu nieprawdziwych informacji, to postępowanie odwoławcze nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia i nie stanowi elementu postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem wyrok Izby nie stanowi wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem rzekomy wpływ twierdzeń przystępującego na wyrok w sprawie sygn. akt KIO 2128/11 nie ma wpływu na wynik postępowania. Ponadto przystępujący jedynie dopuszczał możliwość istnienia otwartego protokołu komunikacyjnego, było to stwierdzenie ostrożne i nierozstrzygające. Dopiero po przeprowadzeniu wizji lokalnej i uzyskaniu wyjaśnień zamawiającego przystępujący ustalił, że tego otwartego protokołu nie ma. Przystępujący nie zmienił stanowiska, co do konieczności wycenienia poz. 11 kosztorysu i takiej wyceny dokonał, oferując cenę zero złotych. W zakresie nieodpowiadających siwz warunków serwisu gwarancji i licencji przystępujący podniósł, że wszystkie te elementy w ofercie przystępującego są zgodne z siwz, a odwołujący T-matic nie wykazał, że jest inaczej. Zarzut złożenia dwóch ofert przez jednego wykonawcę tj. przystępującego jest bezzasadny, gdyż Wasko i Ente to dwie różne spółki kapitałowe posiadające różne adresy, siedziby, organy, zarząd. Faktem nie ukrywanym jest to, że prezes zarządu WASKO jest jedynym wspólnikiem ENTE, ale nie jest to zakazane i nie świadczy o tym, że ofertę złożyła jedna firma. Na poparcie swoich twierdzeń powołał wyrok izby z 27 października 2011r. sygn. akt KIO 2242/11.

Odwołujący T-matic w dniu 29 listopada 2011r. złożył pismo procesowe, w którym rozwinął dotychczasową argumentację podtrzymując, że wykonawcy byli zobowiązani do rzetelnej wyceny każdej pozycji kosztorysu, a zamawiający zaniechał weryfikacji ofert w tym zakresie. W zakresie uzgodnienia warunków ofert złożonych przez przystępujących WASKO i ENTE wskazał, że w jego ocenie o istnieniu porozumienia świadczą takie elementy jak systematyka obu ofert, ten sam element data sporządzenia, podpis osób upoważnionych oraz informacje o wykonawcy, niemal identyczne oświadczenia na temat składowania danych na serwerze i podpięciu łączy operatorskich, identyczne gwarancje wadialne, identyczne oświadczenia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, identyczna treść pozostałych dokumentów praktycznie identyczne oświadczenia i sposób podejścia do poz. 11 kosztorysu ofertowego. Odwołujący T-matic podkreślił, że WASKO i ENTE nie zastosowali się do wytycznych zawartych w wyroku Izby z dnia 17 października 2011r. sygn. akt KIO 2128/11, ani do postanowień siwz nakazujących zaoferowanie wykorzystania dotychczasowych urządzeń.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert wstępnych i ostatecznych, wyjaśnień treści siwz, wyjaśnień treści złożonych ofert, protokołu postępowania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

W ostatecznej siwz w dziale II lit. A tiret 8 – wszystkie urządzenia pojazdowe kupują bezpośrednio wykonawcy z.u.d. od wykonawcy poza postępowaniem (GDDKiA zapewni dzięki postępowaniu jednolite warunki gwarancji i serwisu oraz jawną cenę urządzeń). W dziale II lit. A pkt. 1 zamawiający zawarł wymóg aby odczyt odbywał się w czasie rzeczywistym w oknie przeglądarki internetowej – zawsze tylko w jednym oknie (Zamawiający nie dopuścił wywoływania aplikacji zewnętrznych z poziomu przeglądarki i uruchamiania ich w oddzielnych oknach). . Zgodnie z działem II lit. A pkt 3 dostawca miał udzielić zamawiającemu w ramach zawartej umowy licencji na użytkowanie (Dostawca zobowiązany będzie do zdeponowania kodu źródłowego oprogramowania, ustalonego przez obie strony notariusza, z możliwością dostępu dla zamawiającego, w przypadku zaprzestania działalności objętej niniejszą umową). Dostawca ma także obowiązek utrzymywania danych archiwalnych przez okres obowiązywania umowy. Z działu II lit. A pkt 5 wynika także, iż zakup urządzeń pojazdowych nie jest objęty postępowaniem. Zamawiający zapewni w postępowaniu dostępność urządzeń stałą cenę, okres gwarancji, poziom serwisu – jednolity dla wszystkich wykonawców z.u.d. W myśl pkt 6 lit. A działu II siwz zamawiający wymagał, aby istniała możliwość wykorzystania używanych obecnie lokalizatorów wskazanych w załączniku nr 3 do siwz, z zastrzeżeniem, że urządzenia te będą posiadały otwarty protokół komunikacyjny. Zamawiający miał umożliwić wizję lokalną sprzętu po uprzednim ustaleniu z odpowiednim przedstawicielem oddziału GDDKiA. . Z pkt 7 lit A. działu II siwz wynika, że oprogramowanie umożliwiające monitorowanie pojazdów musiało być dostępne przez przeglądarkę internetową (IE, FF, Opera, Chrome) po podaniu odpowiedniego loginu i hasła w konfiguracji wskazanej przez zamawiającego. Z pkt 8 lit. A. działu II wynika, że dostarczony system musiał posiadać możliwość podzielenia głównego okna z mapą na okno główne i dodatkowe szczegółowe – minimum trzy – okna śledzenia wybranych pojazdów w innej skali tzw. Picture In Picture. Z pkt 17 ppkt. 2 lit. A działu II siwz wynika, że zamawiający w ramach elementu systemu o nazwie łączność z serwerem wymagał – serwer dostawcy musi być podłączony łączem o minimalnej prędkości łącza 20 Mbps, minimum do trzech styków operatorskich przez protokół BGP. Zamawiający wymagał przedstawienia w ofercie dokumentów potwierdzających ww. wymóg. Pod tabelą w pkt 17 lit. A działu II siwz znajdują się wymagania dostawcy modułów GPS/GPRS, gdzie w pkt 5

wskazano, że dostawca w zakresie dostawy danych telemetrycznych w formacie zgodnym z systemem monitorowania pracy sprzętu do zimowego utrzymania dróg musi zapewnić :

- a) dostępność serwisu (zgłoszenia awarii) urządzeń 24h,
- b) gwarancję na urządzenia w okresie obowiązywania umów na z.u.d.,
- c) od momentu zgłoszenia awarii czas naprawy nie dłuższy niż 24h.

W dziale V zamawiający określił sposób przygotowania oferty :

- oferta musi zawierać następujące dokumenty, informacje i materiały :

- a) wypełniony formularz oferty (załącznik nr 1 do siwz),
- b) paraflowany wzór umowy (załącznik nr 2 do siwz),
- c) oferta musi zawierać cenę oraz wypełniony kosztorys ofertowy,
- d) harmonogram wdrożenia systemu,
- e) harmonogram szkoleń,
- f) warunki serwisu gwarancyjnego urządzeń,
- g) wzór zamówienia,
- h) warunki licencji na oprogramowanie,

wzór protokołu montażu (po wykonanym montażu - 1 egz. podpisanego protokołu należy przekazać Zamawiającemu – osobie odpowiedzialnej w danym Oddziale GDDKiA).

W pkt. 2 działu V zamawiający wskazał, że każdy dostawca może złożyć tylko jedną ofertę.

§7 załącznika nr 2 do siwz – wzór umowy stanowi o zobowiązaniach dostawcy względem wykonawców z.u.d w ust. 1 tegoż paragrafu mowa jest o dostawie i instalacji urządzeń na sprzęcie zimowym na rzecz wskazanych przez zamawiającego wykonawców zud, w przypadku złożenia przez nich zamówień , z ust. 2 tegoż paragrafu wynika, że urządzenia muszą być fabrycznie nowe i nieużywane przed dniem dostawy.

Załącznik 3 do siwz zawiera dane techniczne urządzenia T-matic VTS ZUD. W karcie tej nie ma informacji na temat technicznego sposobu komunikacji pomiędzy serwerem, a urządzeniem wskazano jedynie port RS 485 oraz transmisję sygnału z/do pojazdu poprzez GSM – CDS/GPRS/SMS.

Wyjaśnienia do siwz:

W odpowiedzi na pytanie 52 z dnia 19 sierpnia 2011r. zamawiający wyjaśnił, że oferta cenowa musi zawierać koszt całego zadania.

W odpowiedzi na pytanie 80 z dnia 26 września 2011r. zamawiający zmodyfikował formularz cenowy wprowadzając pozycje od 11 do 18.

Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 83 z dnia 27 września 2011r. wyjaśnił , że nie dysponuje szczegółowymi informacjami technicznymi o protokole (komunikacyjnym). W siwz zawarł wszelkie posiadane materiały na temat istniejących urządzeń. Każdy oferent może

dokonać wizji lokalnej i zweryfikować istniejące urządzenia. W odpowiedzi na pytanie 90 zawierające m. iż. Prośbę o wyjaśnienie jakich dokumentów wymaga zamawiający, a także o wskazanie, co dokładnie ma zostać w nich potwierdzone, zamawiający odpowiedział, że serwer dostawcy musi znajdować się w takiej lokalizacji, do której połączone są trzy niezależne łącza operatorskie do sieci Internet. Konfiguracja musi się opierać o protokół BGP (Border Gateway Protocol). Zamawiający wymagał dokumentów potwierdzających spełnienie wymaganych parametrów.

W odpowiedzi na pytanie 95 z dnia 3 listopada 2011r. zamawiający wskazał, że nie jest właścicielem urządzeń pojazdowych, w związku z czym nie może udostępnić protokołu komunikacyjnego. Umożliwił wykonawcom dokonanie wizji lokalnej i zapoznanie się z parametrami technicznymi oraz rodzajem protokołu urządzeń będących już w posiadaniu wykonawców zud.

Odpowiadając na pytanie 97 z dnia 3 listopada 2011r. wyjaśnił, że do oceny ofert będą brane pod uwagę wszystkie elementy składowe kosztorysu (pozycje 1-18). Zamawiający wymagał podania ceny kosztu miesięcznego utrzymania systemu niezależnie od aktualnie działającej ilości pojazdów, która corocznie może się zmieniać. Zamawiający nie jest właścicielem urządzeń pojazdowych w związku z czym umożliwił jedynie wizję lokalną, aby potencjalni wykonawcy mogli sami określić potrzeby i warunki techniczne.

W odpowiedzi na pytanie 98 z dnia 3 listopada 2011r. z prośbą o potwierdzenie, że prawidłowa jest interpretacja zgodnie z którą pojęcie otwartego protokołu komunikacyjnego jest tożsame z pojęciem otwartego standardu zdefiniowanego w dokumencie „Europejskie Ramy Interoperacyjności Wer. 1.0, która jest definicją obowiązującą w Polsce czy tylko jako protokół którego specyfikacja jest dostępna dla wszystkich zainteresowanych bezpłatnie bez ryzyka naruszenia praw własności intelektualnych osób trzecich, zamawiający potwierdził prawidłowość interpretacji otwartego protokołu. Ponadto odpowiedział, że w przypadku zamkniętego protokołu oraz braku możliwości nie będzie wymagalne wykorzystanie istniejących urządzeń.

W ofercie wstępnej ENTE znajduje się na stronie 6 formularz oferty wstępnej, gdzie w miejscu „pieczęć wykonawcy” widnieje pieczęć firmowa ENTE, jako nazwę dostawy wskazano : Wasko S.A., jako adres : ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, jak telefon, fax – 32 332 55 00, 32 332 55 30 i pod słowami „Ja, niżej podpisany” wstawiono „Arkadiusz B. Oferta wstępna została podpisana przez Arkadiusza M. i przystawiono pieczęć firmową firmy ENTE. Ofertę złożono 26 sierpnia 2011r. o godz. 9:14

W ofercie wstępnej WASKO znajduje się na stronie 6 formularz oferty wstępnej, gdzie w miejscu „pieczęć wykonawcy” widnieje pieczęć firmowa WASKO, jako nazwę dostawy wskazano : Wasko S.A., jako adres : ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice, jak telefon, fax – 32 332 55 00, 32 332 55 30 i pod słowami „Ja, niżej podpisany” wstawiono „Arkadiusz B.

Oferta wstępna została podpisana przez Arkadiusza B. Ofertę złożono 26 sierpnia 2011r. o godz. 9:14.

W ofercie ostatecznej WASKO znajdują się

str. 1 – strona tytułowa – oferta wstępna

str. 2 – spis treści,

str. 3 - Wstęp,

str. 4 – data sporządzenia i podpis osób upoważnionych do występowania i imieniu wykonawcy,

str. 5 – Informacja o wykonawcy

str. 6 – 7 – formularz ofertowy według wzoru zamawiającego opieczętowany przez WASKO i podpisany przez Arkadiusza B.,

str. 8- 15 – parafowany wzór umowy – zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz,

str. 16 – 17 – kosztorys ofertowy, zgodnie z załącznikiem do wzoru umowy z tą zmianą, że wypełniono cenę jednostkową netto i wartość netto owa pozycję razem, podatek VAT 23% i razem brutto oraz w poz. 11 dodano w kolumnie 2 oznaczenie (1) i pod tabelą zapis „w związku z tym, że lokalizatory T-matic nie posiadają protokołu otwartego nie możliwa jest usługa przeprogramowania, stąd pozycja nr 11 wynosi 0,00zł.”

str. 18 – oświadczenie dot. parametrów hostingu złożone przez Arkadiusza B. o treści zgodnej z brzmieniem ppkt. 1 pkt. 17 lit. A działu II siwz oraz że wskazanie, że serwer centralny zarządzany jest przez WASKO w standardzie SQL z dostępnością 24h/dobę/365 dni w roku.

Str. 19-21 – gwarancja wadialna ubezpieczeniowa firmy Ergo Hestia z dnia 29 września 2011r. nr 28000038271 oraz aneks nr 1 z dnia 2 listopada 2011r.

Str. 22 – oświadczenie o tym, że rozdział 7 oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa

Str. 23 – harmonogram wdrożenia systemu,

Str. 24 – harmonogram szkoleń,

Str. 25- 26 – warunki serwisu gwarancyjnego urządzeń, gdzie w pkt 1 wskazano w ramach usług serwisowych gwarant zobowiązuje się do bezpłatnego usunięcia wad tkwiących w urządzeniu, a w pkt 3, że usługi serwisowe nie dotyczą w szczególności :

- a) usterek powstałych na skutek niewłaściwej eksploatacji lub konserwacji urządzeń,
- b) usterek powstałych na skutek prób samodzielnej naprawy urządzeń,
- c) usterek powstałych na skutek niewłaściwego podłączenia oraz celowych uszkodzeń urządzeń,
- d) uszkodzeń mechanicznych urządzeń,
- e) wadliwego działania urządzeń na skutek przypadków losowych niezależnych od warunków eksploatacji (wyładowanie atmosferyczne, pożar, powódź. itp.)

str. 27 – 28 – wzór zamówienia

str. 30 – 33 – warunki licencji na oprogramowanie – jako licencjodawcę wskazano Ente sp. z o.o.

str. 34- 35 – wzór protokołu montażu urządzeń,

str. 36 – struktura funkcjonalna projektu wraz z wykazem osób odpowiedzialnych

Oferta została złożona w dniu 8 listopada 2011r. o godz. 9 :23

W ofercie ostatecznej ENTE znajdują się

str. 1 – strona tytułowa – oferta wstępna

str. 2 – spis treści,

str. 3 - Wstęp,

str. 4 – data sporządzenia i podpis osób upoważnionych do występowania i imieniu wykonawcy,

str. 5 – Informacja o wykonawcy

str. 6 – 7 – formularz ofertowy według wzoru zamawiającego opieczętowany przez ENTE i podpisany przez Arkadiusza M.,

str. 8- 15 – parafowany wzór umowy – zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz,

str. 16 – 17 – kosztorys ofertowy, zgodnie z załącznikiem do wzoru umowy z tą zmianą, że wypełniono cenę jednostkową netto i wartość netto owa pozycję razem, podatek VAT 23% i razem brutto oraz w poz. 11 dodano w kolumnie 2 oznaczenie (1) i pod tabelą zapis „w związku z tym, że urządzenia lokalizacyjne, o których mowa w poz. 11 powyżej nie mają otwartego protokołu komunikacyjnego usługa w poz. 11 nie będzie realizowana.” Ceny zaoferowane przez Ente są inne niż u WASKO i od WASKO poza pozycją 3 i 7 wyższe.

str. 18 – oświadczenie dot. parametrów hostingu złożone przez Arkadiusza M. o treści zgodnej z brzmieniem ppkt. 1 pkt. 17 lit. A działu II siwz oraz że wskazanie, że dane telemetryczne będą składowane na serwerze centralnym zarządzanym w standardzie SQL z dostępnością 24h/dobę/365 dni w roku.

Str. 19-20 – gwarancja wadialna ubezpieczeniowa firmy Ergo Hestia z dnia 4 listopada 2011r. nr 28000038773.

Str. 21 – oświadczenie o tym, że rozdział 8 oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa

str. 22 – struktura funkcjonalna projektu wraz z wykazem osób odpowiedzialnych, osoby odpowiedzialne za wdrożenie w poszczególnych oddziałach GDDKiA to te same osoby, które będą odpowiedzialne za wdrożenie w oddziałach w ramach oferty WASKO

str. 23 – 25 – warunki licencji na oprogramowanie – jako licencjodawcę wskazano Ente sp. z o.o.

str. 26- 27 – wzór protokołu montażu urządzeń odmienny tak graficznie jak i w treści od protokołu montażu urządzeń zaoferowanego przez WASKO,

str. 28 – 30 – wzór zamówienia, różni się do wzoru WASKO tym, że u WASKO wskazano dodatkowo zlecam wykonanie przedmiotu zamówienia określonego poniżej i sporządzono tabelę. Pozostałe elementy wzoru są takie same,

Str. 31- 32 – warunki serwisu gwarancyjnego urządzeń, gdzie w pkt 1 wskazano w ramach usług serwisowych gwarant zobowiązuje się do bezpłatnego usunięcia wad tkwiących w urządzeniu, a w pkt 3, że usługi serwisowe nie dotyczą w szczególności :

- a) usterek powstałych na skutek niewłaściwej eksploatacji lub konserwacji urządzeń,
- b) usterek powstałych na skutek prób samodzielnej naprawy urządzeń,
- c) usterek powstałych na skutek niewłaściwego podłączenia oraz celowych uszkodzeń urządzeń,
- d) uszkodzeń mechanicznych urządzeń,
- e) wadliwego działania urządzeń na skutek przypadków losowych niezależnych od warunków eksploatacji (wyładowanie atmosferyczne, pożar, powódź. itp.)

Treść warunków gwarancji jest identyczna z WASKO z tą różnicą, że w pkt 6 wskazano inny adres e-mail i inny numer telefonu, a w pkt. 8 inne nazwy gwarantów

Str. 33- 34 – harmonogram szkoleń terminy szkoleń i ich daty wykazują zbieżność jedynie co do kolejności 5 pierwszych oddziałów,

Str. 35 – harmonogram wdrożenia systemu, pokrywa się harmonogram wdrożenia etap IV.

Oferta została złożona w dniu 8 listopada 2011r. o godz. 9 :33

Wasko w swojej ofercie ostatecznej jako zakres podwykonawstwa wskazało :

- instalacja urządzeń i czujników w pojazdach,
- dostawa, instalacja i konfiguracja oprogramowania do monitorowania pojazdów,

ENTE w swojej ofercie ostatecznej jako zakres podwykonawstwa wskazało :

- instalacja urządzeń i czujników w pojazdach,
- hosting.

W ofercie ostatecznej konsorcjum GMV na stronie 10 znajduje się kosztorys ofertowy, gdzie w poz. 8, 12 i 13 wskazano 0,00zł., na stronie 21 znajduje się zaświadczenie zarządcy budynku GMV , że dysponuje możliwością podłączenia swoich lokalnych zasobów sieciowych jednocześnie do trzech niezależnych operatorów internetowych, a na stronie 22 oświadczenie Intelligent Technologies S.A, że jest w stanie świadczyć usługę propagacji zasobów PI klientów przy wykorzystaniu protokołu BGP do innych operatorów.

W ofercie ostatecznej T-matic w poz. 11 i 13 na stronie 3 w kosztorysie ofertowym wskazano cenę jednostkową netto na poziomie 1zł., na stronie 16 w §2 lit. a wskazano, że licencjodawca przyjmuje do wiadomości, że do funkcjonowania oprogramowania T-matic ZUD niezbędne jest spełnienie następujących wymagań systemowych – w ustawieniach

przeglądarki konieczne jest włączenie obsługi Java Scripts oraz obsługi wyskakujących okienek lub Chrome.

W dniu 10 listopada 2011r. zamawiający zwrócił się do Ente z zapytaniem w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czy w związku z wyjaśnieniem zamieszczonym pod kosztorysem ofertowym „w związku z tym, że urządzenia lokalizacyjne, o których mowa w poz. 11 powyżej nie mają otwartego protokołu komunikacyjnego usługa w poz. 11 nie będzie realizowana.”, uznać należy, że pozycja ta została wyceniona na 0,00zł.

Ente w dniu 10 listopada 2011r. odpowiedziało, że Ente potwierdza takie rozumienie jego oferty oraz, że w ogóle nie żąda wynagrodzenia z tego tytułu, czyli, że ta pozycja kosztorysu ofertowego została wyceniona na 0,00zł.

Z przeprowadzonego dowodu z oględzin Aplikacji T-matic wynika, że jedynym okienkiem poza okienkiem aplikacji w oknie przeglądarki jest okno do logowania uruchamiające się jedynie przy uruchomieniu programu.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań połączonych do łącznego rozpoznania.

Izba uznała, że obaj odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż zarzuty ich odwołań zmierzają do wyeliminowania wszystkich bezpośrednio poprzedzających odwołujących wykonawców i w razie ich potwierdzenia mają szansę na uzyskanie zamówienia. Obaj odwołujący mogą ponieść szkodę w przypadku wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w postaci utraty zysku jaki zakładali z tytułu realizacji zamówienia. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 została wypełniona.

Sygn. akt KIO 2492/11

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 PZP, art. 44 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 PZP oraz art. 91 PZP, jak również § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców WASKO SA, ENTE Sp. z o.o. oraz Konsorcjum GMV Innovating Solutions sp. z o.o. pomimo nie zaoferowania wykonania pozycji 11 przez WASKO i ENTE oraz poz. 8, 12 i 13 przez Konsorcjum GMV, podczas gdy wykonanie to było objęte wymaganiami siwz i potwierdzone orzeczeniem Izby z dnia 17 października 2011r. sygn. akt KIO 2128/11 oraz pomimo niezłożenia przez tych wykonawców dokumentów poświadczających spełnienie warunku łączności z serwerem minimum do trzech styków.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stoi na stanowisku, że wskazanie ceny zero złotych nie może być utożsamiane tak jak chce tego odwołujący SMT z niezaoferowaniem wykonania elementu przedmiotu zamówienia. Wykonawca może uznać, że wynagrodzenie za cały przedmiot zamówienia, które uważa za wyszacowane z należytą starannością nie wymaga domagania się wynagrodzenia z jeden lub więcej elementów zakresu robót, które składają się na ten przedmiot zamówienia. Izba abstrahuje w tym miejscu od rozważań, czy prace wskazane w poz. 4 – 18 kosztorysu ofertowego są elementem przedmiotu niniejszego zamówienia czy też nie i czy zamawiający będzie miał jakąkolwiek rzeczywistą możliwość kontroli czy ceny zaoferowane przez dostawców wykonawcom zud rzeczywiście są cenami, które wskazano w ofertach. Niemniej jednak przedmiotem sporu w niniejszej sprawie nie był zakres przedmiotowy zamówienia, ale to czy zamawiający nakazał wycenić wszystkie pozycje kosztorysu ofertowego oraz ocena prawna sytuacji podania za niektóre pozycje tego kosztorysu ceny 0zł. Izba stoi na stanowisku, że jednoznacznie z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający wymagał wycenienia wszystkich osiemnastu pozycji kosztorysu. Świadczy o tym wprost odpowiedź zamawiającego na pytanie 97 z dnia 3 listopada 2011r. Odpowiedź ta koresponduje z oświadczeniami zamawiającego złożonymi w sprawie sygn. akt KIO 2128/11. Z treści tej odpowiedzi, jak i z wyjaśnień zamawiającego do protokołu rozprawy w sprawie sygn. akt KIO 2128/11 wynika, że zamawiający oczekiwał wycenienia każdej pozycji kosztorysu i wycena ta miała charakter hipotetyczny tj. nie odnosiła się do rzeczywistej ilości urządzeń przeprogramowywanych, nowych, montowanych czy przeprogramowywanych. Zamawiający w kosztorysie wprowadził pewne założenia wyłącznie na potrzeby kalkulacji ceny. Takim założeniem była np. ilość nowych czy przeprogramowywanych urządzeń. Zatem zamawiający nie oczekiwał podania mu rzeczywistej wartości usług, jakie wykonawcy w przyszłości zrealizują na rzecz wykonawców zud, a założył pewną fikcję jedynie na potrzeby porównania ofert w ramach przedmiotowego postępowania. Niewątpliwie opracowanie przez zamawiającego wzoru kosztorysu ofertowego było jednocześnie określeniem przez niego opisu sposobu obliczenia ceny na potrzeby niniejszego postępowania. Tym samym nie wypełnienie kosztorysu w każdej pozycji i nie wykonanie matematycznej czynności sumowania pozycji od 4 do 18 w pozycji razem kosztorysu, byłoby działaniem niezgodnym z treścią siwz, w tym z jej elementem składowym (częścią), jaką był wzór kosztorysu ofertowego. Jednakże należy rozważyć, czy można mówić o niezgodności treści oferty z treścią siwz w sytuacji, gdy wykonawca oferuje wykonanie części przedmiotu zamówienia za cenę 0 zł. W ocenie Izby takie wnioski byłyby nieuprawnione. Ustawodawca zdefiniował jedynie pojęcie ceny i odniósł je do ceny za przedmiot zamówienia obliczonej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i opisem sposobu obliczenia ceny. Podanie ceny za element składowy w ramach sumy elementów kalkulacyjnych ceny ofertowej w wysokości 0 zł. nie powoduje, że wykonawca odmawia na

etapie składania ofert wykonania tego elementu zamówienia, ale stanowi w ocenie Izby zobowiązanie, że na etapie realizacji umowy za ten element wynagrodzenia żądać nie będzie. Może mieć to miejsce w szczególności w sytuacji, gdy zamawiający pozostawia wykonawcom swobodę co do sposobu realizacji zamówienia, wówczas w zależności od przyjętego sposobu niektóre koszty u jednych wykonawców mogą wystąpić, u innych nie, mimo to takich ofert nie można uznać za nieporównywalne. Zaoferowanie ceny 0 zł. za dany element ceny można badać w ocenie Izby jedynie w kontekście przesłanki odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny i to tylko w sytuacji, gdy zniżenie ceny jednostkowej skutkuje jednocześnie zniżeniem kompleksowo obliczonej ceny, chyba, że z wymagań siwz wynika obowiązek podania dla każdej z pozycji wycenianych wynagrodzenie o wartości większej niż 1 grosz. Zarzut jednak naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w odwołaniu odwołującego nie pojawił się w odniesieniu do ofert WASKO, ENTE i Konsorcjum GMV. Izba zauważa w zakresie zarzutów dotyczących ofert WASKO i ENTE, że pomimo określenia jako elementu kalkulacyjnego ceny – przeprogramowania lokalizatorów, zamawiający w pkt. 6 lit. A działu II siwz poczynił zastrzeżenie warunku, że przeprogramowanie nastąpi, o ile urządzenia mają otwarty protokół komunikacyjny, a w samej umowie w § 7 stanowiącym o zobowiązaniach dostawców wobec wykonawców zud wyraźnie postanowił jedynie o dostawie i instalacji urządzeń oraz o tym, że urządzenia mają być fabrycznie nowe i nieużywane. Te postanowienia siwz mogły wpłynąć na wycenę wykonawców w poz. 11 i uznanie, że skoro i tak dostawca będzie zobowiązany dostarczyć urządzenia nowe, to realny koszt przeprogramowania wynosi zero złotych. W ocenie Izby nie było to działanie nieuprawnione w świetle niejednoznacznych postanowień siwz w tym zakresie. W ocenie izby wbrew stanowisku przystępujących WASKO i Ente odpowiedź zamawiającego na pytanie 98 z dnia 3 listopada 2011r. nie usunęła tych wątpliwości w zakresie rozumienia pojęcia otwarty protokół komunikacyjny, gdyż w rzeczywistości zamawiający potwierdził, że prawidłowa jest interpretacja, że otwartym protokołem komunikacyjnym jest zarówno protokół w rozumieniu pojęcia otwartego standardu, o który w zapytywano, ale także nie zaprzeczył dalszej części tego pytania, że otwartym standardem może być protokół pozyskany bezpłatnie bez naruszania praw intelektualnych osób trzecich. W ocenie Izby z tego wyjaśnienia wynika, że zamawiający uważał za otwarty protokół komunikacyjny zarówno taki, których jest powszechnie dostępny i opracowany przez niezależną organizację jak i taki, który można pozyskać bezpłatnie (niezależnie od kogo) bez naruszania praw intelektualnych – tym samym dopuścił uznanie za otwarty protokół komunikacyjny taki, który będzie udostępniony na prośbę dostawcy bezpłatnie. Ponadto w ocenie Izby oświadczenie w ofercie WASKO i w wyjaśnieniach do oferty ENTE z dnia 10 listopada 2011r., że zaoferowali on cenę 0 zł. za przeprogramowanie, może prowadzić także do tego, że w sytuacji, gdy producent lub przedstawiciel producenta urządzeń T-matic VTS ZUD udostępni wykonawcy zud niezbędną

dokumentację protokołu komunikacyjnego umożliwiającą skomunikowanie lokalizatora z serwerem z zezwoleniem dalszego jej udostępnienia i taki wykonawca zgłosi się do WASKO lub ENTE (o ile będą wybrani w tym postępowaniu) o wykonanie przeprogramowania, to ich zobowiązanie złożone, w tym postępowaniu będzie ich obligowało do żądania 0 zł. z tytułu wynagrodzenia za przeprogramowanie. Izba uznała, że nie wskazanie w wierszu 11 kosztorysu ofertowego w pozycji cena jednostkowa netto i wartość netto kwot 0,00zł. nie przesądza oznacza woli wykonawcy nie wykonania takiej czynności, czy braku zaoferowania ceny. W ofercie WASKO pod kosztorysem wyraźnie wskazano cenę za tę pozycję w wysokości 0,00zł, a przystępujący ENTE wyjaśnił tę kwestię w dniu 10 listopada 2011r. także wskazując na zaoferowanie ceny 0zł.

Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 7 , art. 44 , art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 91 ustawy.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert WASKO, ENTE i Konsorcjum GMV z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu przedmiotowego określonego w ppkt. 2 pkt 17 lit. A działu II siwz, to Izba uznała ten zarzut za niezasadny. Przede wszystkim argumentacja o ustawowym podziale pomiędzy oświadczeniami i dokumentami nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach ustawy. Przede wszystkim o ile prawdą jest, że ustawodawca posługuje się pojęciem oświadczenia i pojęciem dokumentu, to jednak nie oznacza to, że każdorazowo oczekuje, aby w sytuacji żądania dokumentu przedstawiany był dokument pochodzący od podmiotu trzeciego. Przede wszystkim Izba zauważa, że nie ma ani w ustawie ani w kodeksie cywilnym stosowanym poprzez art. 14 ustawy rozróżnienia, które wykluczałyby uznanie za dokument oświadczenia własnego wykonawcy. Kodeks cywilny rozróżnia jedynie dokumenty obejmujące oświadczenia własne lub innej osoby, ale nie wydawane w zakresie władztwa urzędowego (dokumenty prywatne) i dokumenty obejmujące oświadczenia, czy ustalenia organów władzy państwowej (dokumenty urzędowe). Każdy z tych rodzajów dokumentów może obejmować oświadczenia woli lub wiedzy. Podobnie ustawodawca na gruncie ustawy Pzp nie przesądza o tym, że dokument nie może pochodzić od wykonawcy, wystarczy choćby wskazać, że do dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy ustawodawca zaliczył wykazy osób czy wykazy robót, usług, dostaw – są to przecież oświadczenia wiedzy wykonawcy, a mimo to mieszczą się w kategorii dokumentu na gruncie ustawy Pzp. Tym samym zarzut sprowadzający się jedynie do kwestionowania podmiotu składającego określone oświadczenie jest nie zasadny. Słusznie wskazał przystępujący WASKO, że § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jest katalogiem otwartym, nadto, że ustawodawca nie określił, kto ma być wystawcą dokumentów określonych w pkt. 1 i 2 tegoż przepisu. Tym samym w ocenie Izby nie jest zasadne twierdzenie, że poświadczenie parametrów technicznych serwera, zwłaszcza takiego, którego jest się właścicielem, nie

może być dokonane przez samego wykonawcę. Rację także należy przyznać przystępującemu WASKO, że zamawiający nie określił jakiego dokumentu i od kogo pochodzącego żąda jako potwierdzenia spełnienia parametrów. Nie uczynił tego ani w siwz, ani w odpowiedzi na pytanie 90 z dnia 27 września 2011r. W tej sytuacji zobowiązany był przyjąć oświadczenie także wykonawcy traktując je jako dokument prywatny mieszczący się w granicach § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 44, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ustawy i § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 PZP poprzez zaniechania odrzucenia oferty T-matic Systems Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę oraz niezgodnej w swej treści z przedmiotem zamówienia w takim zakresie w jakim zamawiający wymagał aplikacji działającej w jednym oknie przeglądarki, a warunki licencji wykonawcy T-matic wymagają obsługi wyskakujących okienek.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty T-matic z powodu rażąco niskiej ceny nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać przystępującemu T-matic, że zarzut rażąco niskiej ceny powinien być odnoszony do ceny za przedmiot zamówienia. Wynika to wprost z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy – „oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Zatem kwestionowanie dwóch elementów składowych tej ceny, bez zakwestionowania ceny całkowitej, nie może stanowić podstawy do uznania, że w postępowaniu doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną. O tym, że odwołujący SMT nie kwestionuje ceny całkowitej świadczy jednoznacznie stanowisko wyrażone przez niego w odwołaniu, że uważa, iż odwołujący T-matic pokryje koszty zaniżonej ceny poz. 11 i 13 z innych pozycji w tym poz. 1- 3 kosztorysu ofertowego. Takie stwierdzenie oznacza, że odwołujący uważa, że wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia będą odwołującemu T-matic pokryte przez zamawiającego. Tym samym nie można mówić o cenie rażąco niskiej, cenie nie adekwatnej do przedmiotu zamówienia, odbiegającej od niego w rażący sposób, cenie poniżej kosztów wytworzenia, czy cenie nie gwarantującej wykonawcy choćby minimalnego zysku. Dodatkowo Izba zauważa, że zarzut rażącego zniżenia ceny odwołujący SMT podniósł wobec oferty trzeciej w kolejności pod względem ceny, odwołujący nie kwestionował jednak zniżenia cen u wykonawców znajdujących się na pozycji 1 i 2 pod względem ceny. Tym bardziej to, utwierdza Izbę w przekonaniu, że odwołujący pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi nie do ceny całkowitej, ale do niektórych (dwóch) elementów tej ceny. Jest to stanowisko nieprawidłowe i nie mające poparcia na gruncie ustawy. Izba jednocześnie dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego T-matic, co do zakresu czynności objętych wyceną w poz. 11 i 13 kosztorysu oraz kosztom, jakie ten wykonawca poniesie w związku ze wskazanymi pozycjami kosztorysu. Izba stwierdza, że nawet gdyby przyjąć

stanowisko odwołującego SMT, że cena rażąco niska może być odnoszona tylko do poszczególnych pozycji kosztorysu, to przystępujący T-matic wskazał na obiektywne okoliczności uzasadniające zaproponowanie cen na poziomie 1zł. w poz. 11 i 13 tj. to, że wyceniane czynności dotyczą jego urządzeń, jako jedyny ma wiedzę i znajomość ich funkcjonowania oraz, że czynności te polegają na koszcie wysłania smsa i koszcie odłączenia zestawu słuchawkowego z urządzenia, gdyż to wynika z przyjętego przez przystępującego T-matic rozwiązania technicznego. Izba nie dopatrzyła się zatem w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Co do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty T-matic z uwagi na niezaoferowanie aplikacji działającej w jednym oknie, to zarzut ten także nie zasługuje na uwzględnienie. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie wymagał, aby wszystkie czynności związane z otwarciem, używaniem i zamknięciem aplikacji systemu monitorowania odbywały się w jednym oknie. Zamawiający wskazał na to, że odczyt ma odbywać się w jednym oknie – wynika to z postanowień siwz w dziale II lit. A pkt. 1. W ocenie Izby nie wyklucza to możliwości uruchomienia i logowania do systemu przy zastosowaniu więcej niż jednego okna. W ocenie Izby z postanowienia tego wynika, że to funkcjonowanie aplikacji podczas odczytu danych przez nią generowanych ma odbywać się w jednym oknie. Tezę tę potwierdza także pkt. 8 lit. A działu II, gdzie dla wymogów dotyczących logowania zamawiający nie powtórzył już warunku uruchmiania się w jednym oknie, a samego logowania wymagał. W ocenie Izby z przeprowadzonego dowodu z oględzin systemu, jaki przystępujący T-matric zamierza zaoferować zamawiającemu wynika, że odczyt następuje zawsze tylko w jednym oknie przeglądarki. Izba uznała ten dowód za wiarygodny. Nie był on także kwestionowany przez strony podczas rozprawy. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 7 i art. 44 ustawy.

Mając na uwadze powyższe odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2492/11 podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

Sygn. akt KIO 2495/11

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że zostały złożone przez jednego wykonawcę.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdza, że zarzut odwołującego nie został udowodniony. Zgromadzony materiał dowodowy w postaci oryginalnej dokumentacji postępowania nie pozwala na przyjęcie, że jeden wykonawca tj. WASKO złożył dwie oferty.

Obie oferty są podpisane przez inne osoby, umocowanie tych osób wynika z pełnomocnictw udzielonych przez uprawnione podmioty do działania w imieniu każdej ze spółek, inne są dokumenty podmiotowe obu spółek załączone do wniosków, inne są także zaoferowane ceny. W ocenie Izby obowiązek dowodowy z mocy art. 6 kc stosowanego w związku z art. 14 ustawy ciążył na odwołującym i odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał, sam zresztą odwołujący wskazuje jedynie na wysokie prawdopodobieństwo złożenia dwóch ofert przez jeden podmiot. Oznacza to, że nie jest tego pewien, a zarzut oparto na domniemaniu. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 82 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że ich treść jest niezgodna z treścią SIWZ (w zakresie kosztorysu i dokumentów merytorycznych - przykładowo - warunków serwisu, licencji, wymogu potwierdzenia przepustowości łącza).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie tego zarzutu odnoszącym się do nie zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia w części dotyczącej przeprogramowania lokalizatorów, Izba podtrzymuje w pełni swoje stanowisko wyrażone w sprawie sygn. akt KIO 2492/11 i stwierdza, że zaoferowanie ceny 0,00zł. nie oznacza odmowy wykonania tego elementu cenotwórczego, a jedynie brak żądania wynagrodzenia za ten element. Izba nie podziela także obaw odwołującego, co do odmowy wykonania przeprogramowania w przypadku uznania, że urzędnicy posiadają otwarty protokół komunikacyjny. Izba uważa, że jeśli przyjąć wiążącą dostawcę wobec wykonawców zgodną z treścią kosztorysu ofertowego, to przystępujący winni wykonać przeprogramowanie za cenę 0,00zł. Natomiast Izba ocenia przypisy do pozycji poczynione pod kosztorysami WASKO I Ente, jako wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny w tej pozycji. Izba uważa zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zwrócenie się do przystępującego ENTE o wyjaśnienia brzmienia stwierdzenia pod tabelą kosztorysu odnoszącego się do poz. 11 za nieobjęty zarzutami odwołania i zgłoszony dopiero na rozprawie. Zarzut ten w tej sytuacji na mocy art. 192 ust. 7 ustawy nie mógł być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

W zakresie części tego zarzutu odnoszącego się do sprzeczności warunków serwisu, licencji i wymogu potwierdzenia przepustowości łącza, Izba również uznała te zarzuty za nieuzasadnione. Co do warunków gwarancji – serwisu i licencji w siwz brak jest jednoznacznych wskazań, do czego wykonawca powinien się zobowiązać i jaki jest zakres wymaganego przez zamawiającego świadczenia. Zamawiający żądał określenia warunków tak serwisu jak i licencji, ale żądanie to jest blankietowe. Nie można zweryfikować spełnienia

tego żądania, jakimkolwiek postanowieniem siwz. Odwołujący wprawdzie przedstawił, że w jego ocenie otwarty katalog wyłączeń, co do okoliczności zwalniających dostawcę z obowiązku usunięcia usterki może być przyczyną odmowy wykonania serwisu w jakimkolwiek przypadku, to jednak po pierwsze jest to własna interpretacja odwołującego, że zamawiający oczekiwał określenia warunków serwisu w sposób jednoznaczny określających przypadki odpowiedzialności gwaranta, a po drugie, to w ocenie Izby rację należy przyznać przystępującym, że oświadczenia gwarancyjne z pkt. 3 trzeba analizować na gruncie sytuacji, jakie zostały w tym punkcie wskazane, czyli nie chodzi tu o każdą usterkę ale o wywołaną przez użytkownika, lub zdarzenie losowe i przez ten pryzmat trzeba by wyklądać oświadczenie woli gwaranta. W ocenie Izby serwis gwarancyjny został zapewniony do usunięcia wad tkwiących w urządzeniu, a za taką wadę nie uważa gwarant usterek spowodowanych przez użytkowników, osoby trzecie, czy siłę wyższą, a w szczególności usterek określonych w pkt 3 warunków. Izba stoi na stanowisku, że przystępujący zapewnili serwis gwarancyjny wymagany przez zamawiającego w siwz. W zakresie warunków licencji, zamawiający na potrzeby sporządzenia oferty nie określił minimalnych warunków licencji, ani tego od jakiego podmiotu ma ona pochodzić, ani konieczności wykazywania się prawem do udzielania sublicencji. W ocenie Izby przy tak sformułowanej siwz wystarczające było samo podanie warunków licencji bez wskazywania licencjodawcy czy licencjobiorcy, czy nadawania tym warunkom ram umowy. Tym samym bez znaczenia jest w ocenie Izby, czy jako licencjodawca został wskazany oferent czy też nie. Dopiero na etapie zawarcia umowy zamawiający oczekiwał zawarcia z wykonawcą umowy licencyjnej. W ocenie Izby załączenie warunków licencji na etapie składania ofert miało jedynie charakter informacyjny i w tym zakresie tę potrzebę zamawiającego w ocenie Izby obaj przystępujący zaspokoili. W zakresie dotyczącym nie wykazania minimalnej przepustowości łącza, Izba uznała zarzut za niezasadny i podtrzymuje w całości argumentację zawartą w sprawie sygn. akt KIO 2492/11.

Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że złożenie ofert przez tych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. 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. Przepis ten stanowi ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji i obejmuje wszelkie określone w nim

działania przedsiębiorców, które mogą zagrażać lub naruszać interesy innych przedsiębiorców lub klientów. Ust. 2 art. 3 cyt. ustawy wskazuje na nazwane typy czynów nieuczciwej konkurencji, których przesłanki zostały wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zatem o ile Izba nie jest władna zmienić zarzutu odwołującego wskazującego na popełnienie przez konkurenta (innego wykonawcę) konkretnego typu czynu nieuczciwej konkurencji – art. 5 – 17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o tyle przy zarzucie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji opartego o art. 3 ust. 1 ustawy, Izba w pierwszej kolejności powinna ustalić, czy zarzucane działanie wypełnia znamiona któregośkolwiek z nazwanych typów czynu nieuczciwej konkurencji. W dalszej kolejności dopiero rozważyć, czy działanie wypełnia przesłanki określonego zachowania przedsiębiorcy i jego sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia szkodą i istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy powstałym stanem zagrożenia, a godnym ochrony interesem innego przedsiębiorcy czy klienta. W ocenie Izby jest zatem dopuszczalne dokonanie ustalenia, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zarzutem naruszenia powołanego przepisu ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty stanowiącej konkretny nazwany typ czynu nieuczciwej konkurencji. Izba w celu rozstrzygnięcia podniesionego przez odwołującego T-matic zarzutu ustaliła, iż odwołujący domaga się ochrony swojego interesu polegającego na dążeniu do uzyskania przedmiotowego zamówienia, ochrony interesu zamawiającego jako potencjalnego klienta przystępujących WASKO i ENTE jako nabywcy systemu oraz zobowiązanego wobec wykonawców zud do utrzymania stałych cen na urządzenia oraz zapewnienia świadczenia gwarancji i serwisu oraz ochrony interesów klientów w postaci wykonawców zud, którzy mieli by nabywać od przystępujących WASKO i ENTE urządzenia. Odwołujący T-matic podniósł, że przystępujący WASKO i ENTE działali w porozumieniu w celu uzyskania zamówienia przez jednego z nich i wyeliminowania pozostałych dostawców ubiegających się o zamówienie w szczególności poprzez uzgodnienie zakresu przedmiotowego lub cenowego. Odwołujący jako dowody istnienia tego porozumienia wskazywał : znaczne podobieństwo do co sposobu przedstawienia kosztów poz. 11 oraz informacji o sposobie interpretacji informacji zawartych w tej pozycji, identyczność systematyki oferty ostatecznej, w tym posłużenie się dokumentami nie wykorzystywanymi przez innych wykonawców tj. jak wstęp, data sporządzenia i podpis osób upoważnionych, informacja o wykonawcy, identyczność warunków serwisu gwarancyjnego urządzeń, posłużenie się przez przystępującego WASKO warunkami licencyjnymi drugiego z przystępujących oraz identyczność struktury funkcjonalnej projektu w oddziałach – tożsamość osób w tych oddziałach. Odwołujący podnosił, że nie jest możliwe udowodnienie istnienia porozumienia w sposób bezpośredni,

gdyż z faktu zawarcia takiego porozumienia, co do zasady nie sporządza się notatek, uważał jednak, że w takiej sytuacji wystarczające jest wykazanie istnienia porozumienia poprzez fakty pośrednie-podane przez niego, wykazujące, w jego ocenie z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że do takiego porozumienia doszło. Przystępujący w odpowiedzi na zarzut wskazywali, że korzystali z tych samych formatek opracowanych przez WASKO, że łączy ich powiązanie osobowe w osobie prezesa zarządu WASKO i jedyne go wspólnika ENTE oraz, że wzajemnie zobowiązali się być dla siebie podwykonawcami, co nie jest zakazane na gruncie ustawy Pzp. Przystępujący podnosili także, że odwołujący nie wykazał na czym ewentualne uzgodnienia miałyby polegać co do zakresu przedmiotowego czy cen oraz w jaki sposób miałyby utrudniać lub ograniczać konkurencję. Izba wobec wniosku odwołującego T-matic o analizę dokumentacji postępowania pod kątem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji dopuściła z urzędu jako dowód w sprawie oryginalną dokumentację postępowania, w tym wnioski, oferty wstępne i oferty ostateczne przystępujących WASKO i ENTE. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy daje podstawy do stwierdzenia, że złożenie ofert przez przystępujących WASKO i ENTE w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. W ocenie Izby w odniesieniu do przystępującego WASKO czyn ten polegał na stworzeniu sytuacji powodującej pośrednio wymuszenie na klientach – zamawiającym i wykonawca zud wyboru siebie jako kontrahenta, zaś ENTE stworzyło warunki umożliwiające WASKO wymuszenie zakupu usługi właśnie od niego. Izba zwraca uwagę na to, że czyn utrudnienia dostępu do rynku nie musi wiązać się z uniemożliwieniem innym dostawcom w danym postępowaniu przetargowym uzyskania takiego zamówienia, ale z podjęciem takich czynności, które utrudnią innym konkurentom uzyskanie takiego zamówienia. Tym samym popełnienie czynu nie musi wiązać się z wyeliminowaniem pozostałych konkurentów z postępowania, ani nawet jak wskazywał przystępujący WASKO z celowym wyeliminowaniem jednego z dwóch porozumiewających się podmiotów w celu umożliwienia drugiemu podmiotowi uzyskania pozycji bezkonkurencyjnej wobec innych uczestników postępowania. W przedmiotowej sprawie należy przede wszystkim zwrócić uwagę na przedmiot zamówienia – przedmiotem zamówienia jest system monitorowania stanu zimowego utrzymania dróg. System ten ma być zakupiony dla wszystkich oddziałów GDDKiA, zatem twórca systemu będzie miał możliwość stworzenia systemu o zasięgu ogólnopolskim, który będzie pozwalał lokalizować pojazdy wykonawców świadczących usługi zimowego utrzymania dróg w trakcie świadczenia przez nich usług i bieżącego optymalnego wykorzystania mocy przerobowych tych wykonawców stosownie do warunków pogodowych panujących w dacie świadczenia usługi. Sam system jednak nie daje jeszcze żadnych wymiernych korzyści z jego stworzenia, gdyż

aby zafunkcjonował prawidłowo musi otrzymywać informacje z urządzeń zamontowanych w pojazdach wykonawców świadczących usługi zimowego utrzymania dróg. W przedmiotowym postępowaniu dostawa urządzeń lokalizujących współpracujących z tworzonym systemem monitorowania nie jest objęta przedmiotem zamówienia. Jak jednoznacznie wynika z postanowień siwz wszystkie urządzenia pojazdowe kupią bezpośrednio wykonawcy z udzieleniem zamówienia, a podmiotu wybranego w przedmiotowym postępowaniu poza tym postępowanie, a zamawiający zapewnia jedynie jednakowe warunki gwarancji i serwisu oraz jawną cenę urządzeń. Oznacza to, że wykonawca, który uzyska przedmiotowe zamówienie będzie miał swobodę zawierania umów z wykonawcami zimowego utrzymania dróg, tzn. będzie mógł zawrzeć umowę lub odmówić jej zawarcia na podanych przez siebie warunkach będąc jedynie związany wobec zamawiającego do przestrzegania podanych przez siebie cen urządzeń. Nie ma jednak żadnych postanowień siwz, za pomocą których zamawiający będzie miał rzeczywiste mechanizmy oddziaływania na wykonawcę wybranego, co do tego z kim z wykonawców z udzieleniem zamówienia zawrze, a komu odmówi zawarcia umowy i na jakich warunkach. Co prawda przewidziano kary umowne, ale nie przewidziano możliwości np. obowiązku sprzedaży urządzenia z udzieleniem zamówienia w celu jego dalszej odsprzedaży wybranemu w innym postępowaniu przetargowym wykonawcy z udzieleniem zamówienia. Biorąc pod uwagę, że postępowanie ma zasięg ogólnopolski wykonawca wybrany zasadniczo uzyska nieograniczony dostęp do rynku wykonawców z udzieleniem zamówienia. Jednakże takie określenie przedmiotu zamówienia nie było ograniczeniem dostępu do rynku stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji, którego Izba dopatrzyła się w działaniu obu przystępujących. Zasady prowadzenia tego postępowania i jego zakresu przedmiotowego były jawne i jednakowe dla wszystkich uczestników postępowania. Ustalenie charakteru postępowania było jednak niezbędne w celu ustalenia, czy mogło dojść do zawiazania porozumienia pomiędzy wykonawcami i jeśli tak, to czy takie porozumienie mogło prowadzić do utrudnienia tego postępowania przetargowego, czy utrudnienia dostępu do rynku związanego z monitorowaniem stanu dróg. Izba uznała, że dla udowodnienia istnienia porozumienia nie jest konieczne wykazanie kiedy, gdzie i jakiej treści porozumienie zostało zawarte. Fakt istnienia porozumienia może być wywodzony z innych faktów. Rację należy przyznać odwołującemu T-matic, że gdyby wymagać od niego dowodu bezpośredniego mogłoby się okazać, że żadne porozumienie niedozwolone nie mogłoby być eliminowane z obrotu prawnego z powodu braku udowodnienia. W ocenie Izby o tym, czy doszło do zawarcia porozumienia można wywieść z faktów pośrednich. Izba dokonując analizy dokumentacji postępowania uznała, że obaj przystępujący zawarli porozumienie. Dowodami na istnienie tego porozumienia są :

- przede wszystkim fakt, iż w ofercie wstępnej przystępującego ENTE znalazły się dane firmy WASKO jako dostawcy, jego adres oraz numer telefonu i faksu, a także dane osoby składającej ofertę wstępną w imieniu WASKO tj. jej imię i nazwisko – Arkadiusz B. Faktu

tego nie da się wytłumaczyć korzystaniem z formatek opracowanych przez przystępującego WASKO, gdyż formularz oferty wstępnej był opracowany przez zamawiającego. Nadto nie da się inaczej, jak faktem wzajemnych uzgodnień, wyjaśnić skąd u przystępującego ENTE wiedza o osobie, która w tym postępowaniu ma reprezentować przystępującego WASKO. Co więcej zamawiający nadał na potrzeby tego postępowania szczególną nazwę wykonawcom (inną niż na gruncie ustawy PZP) tj. nazwał ich dostawcami i ta nazwa znalazła swoje odzwierciedlenie w ofercie wstępnej ENTE, przy czym w ofercie tej jako dostawcę wskazano WASKO,

- kolejnym elementem świadczącym o istnieniu porozumienia jest wskazanie identycznego zakresu podwykonawstwa tj. w w zakresie instalacji czujników i urządzeń w pojazdach. Obaj przystępujący wskazali tę część zamówienia jako do wykonania przez podwykonawców i jednocześnie oświadczyli na rozprawie, że będą dla siebie wzajemnie podwykonawcami. W ocenie Izby nie można dać wiary takiemu wyjaśnieniu, gdyż skoro żaden z przystępujących, jako wykonawca w przypadku udzielenia mu zamówienia, nie będzie świadczył osobiście usługi instalacji urządzeń i czujników w pojazdach tzn. że również nie będzie takiej usługi świadczył jako podwykonawca, co z kolei prowadzi do ustalenia, że albo przystępujący będą korzystać z jeszcze innych podwykonawców – wbrew ich twierdzeniom złożonym na rozprawie, albo w rzeczywistości nie będą w ogóle realizować usługi instalacji urządzeń i czujników w pojazdach. W ocenie Izby pozostawienie tego postanowienia w ofertach ostatecznych u obu przystępujących świadczy o wzajemnym uzgadnianiu zakresu świadczenia i jest przypadkowo pozostawionym elementem jednej z ofert w drugiej ofercie,

- o istnieniu porozumienia w ocenie Izby świadczy także określenie identycznych warunków serwisu gwarancyjnego urządzeń zud. Postanowienia w obu ofertach są dosłownie identyczne, przy czym raz określono, że są to warunki WASKO, a raz, że ENTE. Nie znajduje tu uzasadnienia stanowisko przystępujących, że ENTE będzie podwykonawcą WASKO w zakresie dostawy urządzeń, gdyż wówczas nie byłoby potrzeby zmiany podmiotu gwaranta z ENTE na WASKO, na analogicznych zasadach jak uzasadniał przystępujący WASKO fakt zamieszczenia w jego ofercie warunków licencyjnych ENTE. Ponadto, jak już wskazano wyżej, wobec tożsamości zakresu podwykonawstwa u obu przystępujących, co do dostawy urządzeń, oświadczenie o podwykonawstwie ENTE w ramach oferty WASKO również jest niewiarygodne.

- kolejnym elementem świadczącym o istnieniu porozumienia jest fakt tożsamości osób mających świadczyć usługę w oddziałach GDDKiA. W tym zakresie także Izba nie dała wiary wyjaśnieniom przystępujących, że zbieżność ta jest uzasadniona wzajemnym podwykonawstwem i wiąże się z montażem urządzeń zud u wykonawców zud funkcjonujących w ramach oddziałów GDDKiA. Tutaj Izba zwróciła uwagę na to, że w obu i ofertach wskazano te same osoby odpowiedzialne za wdrożenie projektu w oddziałach.

Montaż urządzeń i czujek w pojazdach nie jest objęty przedmiotem projektu, budzi zatem wątpliwość czy rzeczywiście do obowiązków tych osób miały należeć czynności związane z wykonywaniem umów zawartych z wykonawcami zud, czy też jak wymaga tego przedmiotowe zamówienie za wdrożenie i szkolenie pracowników zamawiającego w ramach poszczególnych oddziałach zamawiającego. W ocenie Izby wskazanie tych samych osób potwierdza fakt istnienia porozumienia, co do stworzenia sytuacji uzyskania zamówienia przez jednego z przystępujących.

Powyższe okoliczności w ocenie Izby w sposób dostateczny wykazały istnienie porozumienia pomiędzy przystępującymi, co do wzajemnego współdziałania przy składaniu ofert i zamiaru pozyskania zamówienia dla jednego z nich. Dodatkowo istnienie tego porozumienia potwierdza także systematyka ofert wstępnych i ostatecznych, fakt, że oferty wstępne obu przystępujących zostały złożone tego samego dnia o tej samej godzinie, bardzo do siebie zbliżone wzory zamówienia i protokołu montażu urządzeń, identyczny sposób przedstawienia struktury funkcjonalnej projektu wraz z wykazem osób odpowiedzialnych, identyczność dokumentów stanowiący w ocenie przystępujących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz sposób jej zastrzeżenia, posłużenie się wzorami dokumentów nie wymaganych przez zamawiającego tj. wstęp, spis treści, data sporządzenia i podpis osób upoważnionych, informacja o wykonawcy, identyczny sposób prezentacji kosztu w ramach pozycji 11 kosztorysu ofertowego oraz bardzo zbliżona treść oświadczeń, co do sposobu interpretacji poz. 11, bardzo zbliżone oświadczenia, dotyczące parametrów hostingu, posługiwanie się tymi samymi warunkami licencyjnymi, istnienie powiązań osobowych pomiędzy oboma przystępującymi. W ocenie Izby powyższe okoliczności wskazują jednoznacznie, że pomiędzy przystępującymi istniało porozumienie, mające na celu wymuszenie na zamawiającymi i wykonawcach zud zakupu usług i urządzeń od WASKO. Porozumienie to wykraczało poza uzasadnione podwykonawstwem potrzeby porozumienia, co do zakresu przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby z analizy przedłożonych dowodów wynika, że obaj przystępujący uzgodnili warunki, na jakich będą świadczyć przedmiotowe zamówienie tak wobec zamawiającego jak i wykonawców zud, a porozumienie przez nich zawarte miało zmierzać z jednej strony do ograniczenia rzeczywistej konkurencji w postępowaniu poprzez zajęcie przez niekonkurujących ze sobą przystępujących dwóch miejsc na tzw. krótkiej liście na pięć miejsc przewidzianych przez zamawiającego, a z drugiej poprzez umożliwienie przystępującemu WASKO zaoferowania korzystniejszych warunków niż drugi z przystępujących, a zatem w przypadku gdyby okazało się, że ważne są tylko oferty przystępujących, to przystępujący WASKO uzyskałby zamówienie. Trzecim elementem tego porozumienia było to, że niezależnie od tego, który z przystępujących uzyskałby zamówienie podmiotem realizującym zamówienie byłoby WASKO, albo osobiście, albo jako podwykonawca ENTE. W ocenie Izby wskazane przez przystępujących wzajemne

podwykonawstwo nie jest co do zasady zakazane na gruncie ustawy Pzp, może być jednak jak w tym przypadku uznane za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy nie dotyczy jedynie część przedmiotu zamówienia, ale wskazuje na promowanie jednego wykonawcy poprzez współdziałanie innego wykonawcy, który w normalnych warunkach rynkowych byłby konkurentem. Porozumienie takie prowadzi do tego, że wykonawcy zamiast konstruować oferty samodzielnie, rezygnują z konkurencji na rzecz współpracy, wypaczając sens przetargu. W konsekwencji prowadzi to do pośredniego wymuszania na zamawiającym zakupu usług u konkretnego wykonawcy – w tym przypadku w ocenie Izby wykonawcą promowanym w ramach porozumienia było WASKO, o czym świadczy zamieszczenie jego danych w ofercie wstępnej ENTE. Izba uznała, że zamawiający nie dokonał należytej analizy złożonych w postępowaniu ofert pod kątem wszystkich przesłanek odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 ustawy, zaniechał bowiem w odniesieniu do przystępujących WASKO i ENTE analizy ich wniosków, ofert wstępnych i ofert ostatecznych pod kątem tego, czy działania tych przystępujących skutkujące złożeniem oferty ostatecznej nie stanowiły czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zamawiający dopuścił się zaniechania stanowiącego naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez nieodrżucenie ofert przystępujących WASKO i ENTE jako stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że zawierają błędy w obliczeniu ceny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący T-matic poza wskazanym w jego ocenie błędem o obliczeniu ceny polegającym na niewycenieniu poz. 11 kosztorysu ofertowego nie wykazał istnienia innych błędów w obliczeniu ceny. W ocenie Izby rację mają przystępujący wskazując, że zarzut oparty jest na błędnym założeniu odwołującego, iż wycena danej pozycji musi prowadzić do podania ceny większej od zera. W ocenie Izby z żadnego z postanowień siwz nie da się wyprowadzić wymogu, żeby wykonawcy dokonując obliczenia ceny podali we wszystkich pozycjach cenę większą od zera. Zamawiający wymagał rzetelnego wycenienia wszystkich pozycji kosztorysu, przystępujący wskazali, że takej rzetelnej wyceny dokonali i nie mogą żądać wynagrodzenia za coś, co w ich ocenie nie będzie świadczone. Tym usprawidliwiają podanie ceny zero złotych. W ocenie Izby takie przedstawienie pozycji kosztorysowej świadczy o dokonaniu wyceny usługi i w tym zakresie Izba podziela swoją argumentację odnoszącą się do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert WASKO i ENTE z powodu niezgodności ich treści z treścią siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 przedstawioną w sprawie sygn. akt KIO 2492/11. Izba wskazuje, że aby doszło do popełnienia błędu w obliczeniu ceny model tego obliczenia musi wynikać z ustawy lub dać się wyprowadzić z postanowień siwz. W ocenie Izby w tym zakresie nie istnieje model

ustawowy obliczenia ceny, z którym wyliczenie przystępujących byłoby sprzeczne. Odwołujący zaś nie wskazał żadnego postanowienia siwz, z którego wynikałoby wymaganie podania ceny różnej od zera dla poszczególnych pozycji kosztorysu. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 58 § 1 kc w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że działali w porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że oferta złożona przez wykonawcę działającego w porozumieniu jest nieważna na podstawie art. 58 §1 kc w związku z art. 14 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy. Izba nie wdając się w analizę przesłanek istnienia niedozwolonego porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy, (gdyż w ocenie Izby badanie praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy do kompetencji sądów powszechnych, zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, a nie zostało powierzone kognicji Krajowej Izby Odwoławczej) stwierdza, że zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nieważne są porozumienia ograniczające konkurencję określone w art. 6 ust. 1 ustawy, co jednak nie przesądza o tym, że czynność będąca wynikiem lub pozostająca w związku z takim porozumieniem jest nieważna. Wręcz T. Szanciło w „Porozumieniach ograniczających konkurencję” s. 40-41 stwierdza, że nieważność zmowy przetargowej nie skutkuje nieważnością ipso iure umowy zawartej w wyniku przetargu. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że czynność złożenia oferty przetargowej, która jest wynikiem zawartego porozumienia jest nieważna z mocy prawa stanowiąc jego obejście. Pogląd taki nie znajduje oparcia w przepisach. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z 58§1 kc i w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 387 kc zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że oferty nie są możliwe do realizacji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim umowa zawarta na skutek przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie obejmować czynności przeprogramowania lokalizatorów. Zgodnie bowiem choćby z wzorem kosztorysu ofertowego zamawiający wprost wskazał, że jedynie czynności opisane w poz. 1 – 3 tegoż

kosztorysu stanowią przedmiot zamówienia. Potwierdza to także tiret 8 działu II lit. A siwz, pkt. 5 lit A działu II siwz. Tym samym żaden z elementów umowy pomiędzy zamawiającym a dostawcą nie dotyczy przeprogramowania lokalizatorów i wszystkie postanowienia tej umowy są możliwe do wykonania. Nadto § 7 wzoru umowy mający stanowić podstawę do zawarcia umowy pomiędzy dostawcą, a wykonawcą zud nie określa wymogu przeprogramowania lokalizatorów, a odnosi się do dostawy i instalacji urządzeń oraz tego, że dostarczone urządzenia mają być fabrycznie nowe i nieużywane przed dniem dostawy. Zatem również z tych postanowień umownych nie da się wywieść obowiązku zawarcia jakiegokolwiek umowy, której przedmiotem świadczenia będzie przeprogramowywanie urządzeń. Dodatkowo należy wskazać, że sam zamawiający wskazując w pkt 6 lit. A działu II na obowiązek wykorzystania dotychczasowych urządzeń postawił jednak warunek – istnienia otwartego protokołu komunikacyjnego, a zatem świadczenie to miało być wykonywane tylko gdyby istniała taka techniczna możliwość, a w przeciwnym wypadku nie istniał obowiązek świadczenia usługi przeprogramowania wobec wykonawcy zud – potwierdza to odpowiedź zamawiającego na pytanie 98 z 3 listopada 2011r. Tym samym nie można uznać, że istniała choćby potencjalna sytuacja, w której mogłoby dojść do niemożności świadczenia przedmiotu umowy objętego złożonymi przez przystępujących ofertami. Mając to na uwadze Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 387 kc.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez zaniechanie wyjaśnień i próby ewentualnej poprawy błędów w stosunku do ofert wykonawców z Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. pomimo, że oferty ta zawierały niezgodności.

Zarzut nie został wykazany. Odwołujący T-matic nie wykazał, jakie wątpliwości w ofertach obu przystępujących należało wyjaśnić ani jakie elementy ofert zamawiający powinien był poprawić i w jaki sposób. Odwołujący nie zawarł w tym zakresie jakichkolwiek twierdzeń w odwołaniu, ani nie przedstawił swojego stanowiska na rozprawie. Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy musi składać się z dwóch elementów wskazania działania i zaniechania poprzez określenie zaistnienia konkretnego stanu faktycznego oraz wskazania, że ten konkretny stan faktyczny powoduje naruszenie przepisów ustawy. Nie można zatem uznać za podniesienie zarzutu przez odwołującego podania jedynie przepisów ustawy i wskazania, że według odwołującego oszło do ich naruszenia. Brak konkretyzacji zarzutu w danym stanie faktycznym powoduje brak zarzutu wogóle, z tego względu Izba nie mogła rozpoznać zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Wasko S.A. z postępowania, pomimo, że złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rację ma przystępujący WASKO, że postępowanie odwoławcze nie jest częścią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym odwołujący powinien był wykazać, jakie informacje złożone przez przystępującego WASKO w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, są informacjami nieprawdziwymi. Jeśli by przyjąć, że chodzi o oświadczenie WASKO, że lokalizatory T-matic nie mają otwartego protokołu komunikacyjnego, to odwołujący nie wykazał nieprawdziwości tego stwierdzenia. W szczególności nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, że urządzenia T-matic VTS ZUD mają otwarty protokół komunikacyjny czy to w rozumieniu otwartego standardu wynikającego z Europejskich Ram Interoperacyjności ver. 1.0 czy to w rozumieniu możliwości uzyskania nieodpłatnego bez naruszania praw intelektualnych osób trzecich. Brak takiego dowodu uniemożliwił Izbie zweryfikowanie twierdzenia o nieprawdziwych informacjach w ofercie WASKO. Sam fakt, że przystępujący składał oświadczenia w postępowaniu odwoławczym nie może przesądzić o istnieniu nieprawdziwych informacji, gdyż oświadczenie w tym postępowaniu zawarte nie jest, jak już wskazano, informacją złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nawet gdyby tak przyjąć, to oświadczenie WASKO nie było stanowcze i stanowiło jedynie o możliwości istnienia otwartego protokołu, tym samym późniejsze twierdzenie o tym, że tego protokołu nie ma nie oznacza złożenia nieprawdziwych informacji. Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez zaniechanie uzupełnienia dokumentów przedmiotowych oraz wyjaśnienia przedmiotowych dokumentów,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut ten powiązany został z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert WASKO i ENTE pomimo nie złożenia dokumentu dotyczącego parametrów serwera. Wobec uznania przez Izbę, że dokumenty w postaci własnych oświadczeń obu przystępujących zostały załączone do oferty i nie zachodzi tu sprzeczność ofert z treścią siwz, gdyż na gruncie postanowień przedmiotowej siwz należało uznać je za wystarczające i prawidłowe, to również zarzut zaniechania wezwania przystępujących do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący T-matic nie skonkretyzował zarzutu dotyczącego zaniechania zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy ani w odwołaniu, ani na rozprawie i Izba nie miała możliwości odniesienia się do tak postawionego zarzutu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne potraktowanie odwołującego T-matic i wykonawców Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. poprzez jednakową ocenę ich ofert pomimo, że oferty Wasko S.A. i ENTE sp. z o.o. były

niekompletne, nie dotyczyły całego przedmiotu zamówienia, zawierały błędy w obliczeniu ceny natomiast oferta odwołującego była bezbłędna i zawierała wszelkie informacje i dokumenty wymagane przez zamawiającego i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty odwołującego T-matic

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wobec potwierdzenia się zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia ofert przystępujących WASKO i ENTE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy potwierdził się także zarzut niezapewnienia równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy. W ocenie Izby zamawiający nie wykonując czynności odrzucenia ofert przystępujących naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z uzasadnienia.

Zarzut nie został skonkretyzowany. Izba nie odnalazła w uzasadnieniu odwołania innych przepisów, niż wskazane wyżej, których naruszenie odwołujący zarzuciłby zamawiającemu. Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy odwołujący jest obowiązany do wskazania zarzutów, a Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy jest tymi zarzutami związana. Zatem zarzut naruszenia przepisów ustawy musi być przez odwołującego skonkretyzowany poprzez wskazanie jaka czynność lub zaniechanie zamawiającego naruszyło, jaki przepis ustawy. W przeciwnym bowiem razie nie można uznać, że odwołujący postawił zarzut, a w szczególności niedopuszczalne jest przyjęcie, że Izba na prawo wywodzić zarzut pośrednio z treści uzasadnienia odwołania i orzekać na podstawie domniemanego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt. 1 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).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego T-matic skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 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), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z

przedłożoną kopią faktury VAT, z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczalnej cyt. rozporządzeniem.

Przewodniczący:

.....