

Sygn. akt KIO/UZP 783 /09

**WYROK**  
**z dnia 7 lipca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Kuciak  
**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Izabela Niedziałek-Bujak  
**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Plan S.A., Intergraph Sp. z o.o. ul. Podwale 17, 02-252 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** protestu z dnia **25 maja 2009 r.**

przy udziale **Wykonawców występujących wspólnie: Sygnity S.A., InterTIM Pietrzak Ludmiła, ESTEREOFOTO GeoEngenharia S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciążyć Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Plan S.A., Intergraph Sp. z o.o. ul. Podwale 17, 02-252 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: Plan S.A., Intergraph Sp. z o.o. ul. Podwale 17, 02-252 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Plan S.A., Intergraph Sp. z o.o. ul. Podwale 17, 02-252 Warszawa.**

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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem „Weryfikator Jakości Danych (WJD2) – wykonanie kontroli jakości i produkcyjne wdrożenie danych: cyfrowej ortofotomapy oraz wektorowych warstw sytemu LPIS/GIS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 marca 2009 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2009/S 47-068461.

W dniu 25 maja 2009 r. Konsorcjum: Signity S.A., InterTIM Ludmiła Pietrzak, ESTEREOFOTO GeoEngenharia S.A. (dalej Przystępujący) wniosło protest wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp): art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i wnosząc o: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie protokołu z demonstracji Przystępującego i dokonanie powtórnej oceny demonstracji przeprowadzonej przez Przystępującego, z uwzględnieniem

uwag Przystępującego, uwzględnienie wyjaśnień Protestującego dotyczących ceny oferty, dokonanie powtórnej oceny ofert, wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Przystępujący podaje, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XVIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zamówienie miało być udzielone temu wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie Pzp, SIWZ oraz zostanie oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o jedyne ustanowione kryterium wyboru. Łącznie z ofertą, wykonawca zobowiązany był złożyć oświadczenie, iż system wykorzystany do realizacji przedmiotu zamówienia spełnia minimalne obligatoryjne wymogi zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania, jakie określił Zamawiający w Załączniku nr 7 do SIWZ. Dalej, zgodnie z rozdziałem XVIII pkt 6 SIWZ, Zamawiający zastrzegł sobie możliwość sprawdzenia w każdej ofercie, czy deklarowane minimalne wymogi zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania są zgodne ze stanem faktycznym (zaoferowanym). W tym celu, Zamawiający zaprosił wszystkich wykonawców niewykluczonych, do przeprowadzenia demonstracji. Celem demonstracji - co wyraźnie wynika z SIWZ - było wykazanie, iż zadeklarowane możliwości obsługi funkcjonalności wskazane w ofercie i wymagane przez Zamawiającego, rzeczywiście zawarto w opracowanym zestawie narzędzi do kontroli oraz raportowania. Demonstracja miała być przeprowadzona w oparciu o scenariusze demonstracji, opracowane przez Zamawiającego i identyczne dla każdego z wykonawców. Scenariusze te nie były częścią SIWZ i były przekazywane wykonawcom dopiero w dniu otwarcia ofert. Przystępujący podkreśla, iż wymogi w nich zawarte nie mają zatem tego samego statusu co SIWZ, będący podstawą do sporządzenia oferty, bowiem nie stanowią jego części. Nie można ich traktować również jako zmianę bądź uzupełnienie SIWZ, gdyż przekazane zostały wykonawcom już po etapie otwarcia ofert. Zapisy zawarte w scenariuszach, niezgodne z treścią SIWZ lub wykraczające poza nią w swych wymaganiach co do demonstracji, nie mogą zatem być brane przez Zamawiającego pod uwagę przy ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Aby uznać ofertę za zgodną z treścią SIWZ, wykonawca musi wykazać podczas demonstracji zawarcie w narzędziach do kontroli i raportowania wyłącznie tych funkcjonalności, które wynikają z Załącznika nr 7 do SIWZ. Dokumentem potwierdzającym przeprowadzenie demonstracji przez Wykonawcę był, zgodnie z SIWZ, Raport z wynikami demonstracji. Raport ten miał zawierać szczegółową punktację oraz stwierdzenie, czy wykonawca zdobył wymaganą przez Zamawiającego liczbę punktów (maksymalnie wykonawca mógł zdobyć 40 punktów), a tym samym, czy wykonawca potwierdził zawarte w oświadczeniu wymogi dla zestawu narzędzi do kontroli i raportowania. W przypadku, gdy łączna liczba punktów uzyskanych przez wykonawcę podczas demonstracji wyniosła mniej niż 90% liczby punktów możliwych do zdobycia, oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający uznawał ją za niezgodną z SIWZ.

Ponadto, ocenie podlegało spełnianie funkcjonalności, a nie wykryte w nich ewentualne błędy. Jeżeli zatem demonstracja wykazała zawarcie w narzędziach do kontroli i raportowania funkcjonalności z Załącznika nr 7 do SIWZ, winna być ona oceniona maksymalną liczbą punktów. Na ocenę nie mógł mieć natomiast wpływu ewentualny błąd w działaniu funkcjonalności wykazany przez scenariusz. Raport mógł w takiej sytuacji stwierdzać jedynie niezgodność ze scenariuszem, co jednak nie było podstawą do odrzucenia oferty. SIWZ nie przewidział zasad sporządzenia Raportu, poinformowania wykonawców o Raporcie i wynikach demonstracji, a także zasad dostępu do niego przez wykonawców.

W ocenie Przystępującego demonstracja wykazała posiadanie przez proponowane narzędzia wszystkich minimalnych wymogów zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania wskazanych w Załączniku nr 7 do SIWZ.

Przystępujący, z powołaniem się na zapisy SIWZ, wskazuje, iż celem demonstracji, było stwierdzenie zgodności deklarowanych funkcjonalności ze stanem rzeczywistym. A zatem, jeżeli Przystępujący zadeklarował, iż narzędzie będzie wyposażone w możliwość generowania określonych raportów, to w trakcie demonstracji taka funkcjonalność winna być zaprezentowana. Jeżeli w trakcie demonstracji funkcjonalności pojawił się pewien brak lub błąd, nie oznacza to, że na gruncie postanowień SIWZ, mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający mógłby nie przyznać punktów. Przystępujący wskazuje tu na zapis rozdziału XVIII pkt 6 SIWZ, zgodnie z którym zadeklarowana przez wykonawcę możliwość obsługi funkcjonalności wymienionych w ofercie, zostanie uznana za zgodną ze stanem faktycznym, jeżeli wykonana przez Wykonawcę demonstracja wykaże, że są one rzeczywiście zawarte w opracowanym zestawie narzędzi. Powyższe wskazuje, iż dla Zamawiającego nie jest istotna forma przedstawienia funkcjonalności, ale sam fakt ich zaprezentowania w trakcie demonstracji. Potwierdza to również scenariusz demonstracji. Zamawiający w scenariuszu wskazał, iż będzie oceniał poszczególne funkcjonalności na zasadzie spełnia/nie spełnia, przyznając za daną funkcjonalność albo pełną liczbę punktów, zgodnie z punktacją określoną w Załączniku nr 7 do SIWZ, albo zero punktów. Dalej, w treści scenariusza Zamawiający wskazał (str. 6 -7), jakie tabele i jakie pozycje z tabel obejmuje scenariusz dla każdego z narzędzi wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia. Opisując szczegółowo każdy etap demonstracji, Zamawiający wskazywał wyraźnie, że demonstracja powinna wykazać, że odpowiednio każde demonstrowane zgodnie z tabelą narzędzie, zawarte w ofercie, posiada wybrane cechy i funkcjonalności z zakresu wymagań podstawowych, które podlegać będą ocenie. W tym miejscu Przystępujący wskazuje na rozbieżność zapisów SIWZ i scenariusza. Otóż, zgodnie z przytoczonym wyżej zapisem pkt 6 Rozdziału XVIII SIWZ, Zamawiający oceniał istnienie lub nieistnienie pewnego zadeklarowanego faktu. W scenariuszu natomiast, do samej oceny faktu, dodany został

element poprawności lub jej braku w badanym elemencie. Zamawiający zapisał bowiem, że przyznanie pełnej liczby punktów nastąpi w przypadku, gdy funkcjonalność została zrealizowana poprawnie, a zero punktów, w sytuacji, w której funkcjonalność została zrealizowana niepoprawnie. Wszelkie wymogi w zakresie demonstracji wskazane w scenariuszu, a prowadzące do oceny innej, niż ocena spełniania funkcjonalności, winny być traktowane jako nieuprawniona zmiana postanowień SIWZ po terminie otwarcia ofert. W szczególności, za taką winno być uznane nie ocenienie faktu zawarcia w opracowanym zestawie narzędzi do kontroli i raportowania, zgodnych z deklaracją w ofercie, ale sposobu ich wyświetlania czy też wyglądu na podstawie zrzutów z ekranu wykonanych w dowolnej chwili demonstracji. Nie sposób również pominąć roli zrzutów z ekranu, które stanowią materiał, na którym opiera się Zamawiający, stawiając zarzuty, co do niezgodności oferowanych narzędzi z SIWZ, powołując się na nie w informacji o odrzuceniu oferty. Przystępujący zauważa, że zgodnie z treścią SIWZ, demonstracji podlegało narzędzie. Zrzuty z ekranu, nie mogły podlegać, zgodnie z SIWZ, ocenie i badaniu podczas demonstracji, miały jedynie moc dowodową do stwierdzenia błędnego zadziałania narzędzi do kontroli oraz raportowania. Jeżeli zatem, narzędzie w jego środowisku informatycznym, spełnia wszystkie wymagania wynikające z SIWZ, nie ma podstaw by, tak jak to czyni Zamawiający, zarzucać wykonawcy, że czegoś nie ma na wydruku zrzutu ekranowego. Zrzuty z ekranu nie mogły być (zgodnie z SIWZ) podstawą do przyznania punktów wykonawcy, a mogły być jedynie dowodem na błędne działanie badanego narzędzia.

Odnośnie przebiegu demonstracji, Przystępujący podkreśla, że wszystkie funkcjonalności wyszczególnione w scenariuszu prezentacji zostały przez Przystępującego zademonstrowane, a w trakcie demonstracji Zamawiający nie sygnalizował żadnych braków - już same wydruki zrzutów ekranowych są dowodem, że wszystkie wymagane funkcjonalności były zademonstrowane. Demonstracja każdej z funkcjonalności trwała od kilku do kilkunastu minut, w tym czasie było wyświetlanych przynajmniej kilka ekranów o różnej zawartości i w różnej skali, różniących się np. ilością szczegółów wynikających z aktualnie wybranej skali. W trakcie demonstracji każdej z funkcjonalności wykonano po jednym zrzucie zawartości ekranu, w momentach żądanych przez Zamawiającego. Nie zawsze był to moment zapewniający utrwalenie najistotniejszego momentu pokazu. Ze względu na naturę systemów graficznych i ograniczenia techniczne, takie jak rozdzielczość i rozmiar ekranu, niemożliwe jest zobrazowanie wszystkich wymaganych informacji na jednym ekranie (w konsekwencji na jego wydruku), tak aby informacja była czytelna. Przebieg całej demonstracji nie był rejestrowany.

Odnośnie zarzutów zawartych w treści informacji o odrzuceniu oferty, Przystępujący przytacza argumentację, w odniesieniu do każdego z punktów. Argumentacja, dotycząca punktów będących przedmiotem zarzutów odwołania, przedstawia się następująco:

Ad. 3.4. Kontrola wykazała, że wszystkie pliki posiadają poprawne nagłówki geotiff, zgodnie ze specyfikacją pliku geotiff 1.8, w tym też pliki N-34-95-B-a-3-1 i N-34-95-B-c-3-2. Kontrola przypisania ortofotomapy do ramki plików 8.203.11.1.tif i 8.2D3.11.2.tif wykryła, że wszystkie pliki przekazane na płycie DVD posiadają narożniki zgodne z nominalnymi kryteriami przestrzennymi, nie było jej celem zbadanie poprawności nazewnictwa plików.

Ad 8.7 Aplikacja wykonała kontrole poprawności geometrii i topologii plików GO zgodnie z zasadami zdefiniowanymi w trakcie prezentacji, na żądanie Zamawiającego, przez operatora i parametrami dokładnościowymi wpisanymi przez operatora. W wyniku tej operacji, kontrola poprawności geometrii i topologii plików GO mogła dać inne wyniki. Zgodnie ze scenariuszem prezentacji, należało zaprezentować tą funkcjonalność, a Zamawiający korzystał z zapisanej w rozdziale XVIII SIWZ, możliwości żądania zmian parametrów, aby sprawdzić, czy funkcjonalność nie jest symulowana. Nie ma podstaw do twierdzenia, że nie zaprezentowano żądanej w tym punkcie prezentacji funkcjonalności albo, że była ona niewłaściwa.

Ad. 9.1a) Prezentując możliwości narzędzia kontrolującego, Przystępujący musiał przyjąć uznaniowo parametry dokładnościowe, z uwagi na brak takiej informacji w SIWZ oraz scenariuszu testowym. Przyjęto  $10\text{m}^2$  jako dokładność powierzchni zapisanej w pliku GML z faktyczną powierzchnią. Ten parametr można dowolnie ustawić wg wymagań dokładnościowych Zamawiającego. Zamawiający w tym wypadku nie skorzystał z zapisanej w rozdziale XVIII SIWZ możliwości żądania zmian parametrów, aby sprawdzić, czy funkcjonalność nie jest symulowana. Przyjął do wiadomości wynik prezentacji, polecił wykonanie zrzutu ekranowego i przejście do następnego punktu prezentacji.

b) Minimalna odległość między punktami z uwagi na brak założeń w SIWZ oraz w scenariuszu testowym została ustalona na zaokrąglenie do 1 cm. Aplikacja posiada możliwość dowolnego ustawiania tego parametru, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający w tym wypadku nie skorzystał z zapisanej w rozdziale XVIII SIWZ możliwości żądania zmian parametrów, aby sprawdzić, czy funkcjonalność nie jest symulowana. Przyjął do wiadomości wynik prezentacji, polecił wykonanie zrzutu ekranowego i przejście do następnego punktu prezentacji. Ponadto, Przystępujący stwierdza, że punkty położone w tak bliskiej odległości są błędem w opracowaniu i wynikają z niedokładnej wektoryzacji lub dwukrotnie pomierzonego tego samego punktu w pomiarach geodezyjnych.

Przystępujący podnosi, iż został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wyjaśnienia w tym zakresie złożył, wskazując na odpowiednie dowody. Mimo to, Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego stwierdzając, iż zachodzą przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przystępujący zauważa, że odrzucenie oferty z rażąco niską ceną, zgodnie z postanowieniami art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy

wykonawca wezwany nie złożył odpowiednich wyjaśnień dotyczących ceny albo ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W przedstawionych wyjaśnieniach z dnia 4 maja 2009 r., Przystępujący wykazał co ma wpływ na cenę oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie Przystępującego, wskazane czynniki mają charakter czynników obiektywnych, a na ich istnienie Przystępujący przynajmniej w części powołał odpowiednie dowody. W szczególności, na cenę ma wpływ doświadczenie Przystępującego zdobyte w innych zbliżonych projektach. Przystępujący poznał zasady ich organizowania, prowadzenia, rozliczania i wiedząc z doświadczenia, jakie czynniki mogą być istotnie kosztotwórcze, doprowadził do ich eliminacji. Przykładem może być zatrudnienie do realizacji projektu wyłącznie już przeszkolonych i przygotowanych pracowników i współpracowników - co ma wpływ na koszt szkoleń przygotowawczych, a także czas realizacji i ilość osób zaangażowanych do realizacji projektu. Powołując się na doświadczenie, Przystępujący wskazał konkretne projekty, przy czym jeden z projektów, realizowany był właśnie dla Zamawiającego. Przystępujący wskazał również, że oszczędnością w ustalaniu przez niego ceny okazało się oprogramowanie, jakie zamierza wykorzystać do realizacji przedmiotu zamówienia. Oprogramowanie to jest już wyprodukowane przez niego i nie są wymagane w związku z tym dalsze nakłady (również osobowe) na jego uzyskanie. Przystępujący, bazując na własnym oprogramowaniu, nie jest zmuszony do ponoszenia kosztów zewnętrznych licencji, czy też nabywania praw majątkowych autorskich do oprogramowania. Dodatkowo, Przystępujący załączył do wyjaśnień zbiorczą kalkulację kosztów usługi WDJ2, z której wynika również poziom zarobku Przystępującego (marża). Wyjaśnieniom tym Zamawiający zarzucił brak obiektywizmu, a także to, że wyjaśnienia są lakoniczne i nie przekonujące oraz że nie wykazują, iż cena oferty jest wiarygodna i nie stanowi rażąco niskiej ceny. Przystępujący nie zgadza się z takimi twierdzeniami Zamawiającego. Przepis ustawy mówi o przedstawieniu przez wykonawcę wyjaśnień, nakazując Zamawiającemu dokonanie oceny tych wyjaśnień, w sposób nie naruszający art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób obiektywny, mając na uwadze wszystko to, co wykonawca powołał w wyjaśnieniach. Odrzucić ofertę można jedynie w sytuacji, gdy wyjaśnienia nie zostały przez wykonawcę złożone (co nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie) albo ocena wyjaśnień przez Zamawiającego potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przeprowadzona przez Zamawiającego ocena, a przynajmniej jej wynik zakomunikowany w informacji o odrzuceniu oferty, nie jest oceną ani obiektywną, ani biorącą pod uwagę wszystko to, co nakazuje art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ale też nie potwierdza, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Ocena dokonana przez Zamawiającego ogranicza się do braku dania wiary wyjaśnieniom i powołanym dowodom, bez przedstawienia uzasadnienia tego faktu. Zamawiający odnosi się w szczególności do

załączonej kalkulacji cenowej, twierdząc, że nie uprawdopodobnia ona w dostatecznym stopniu poprawności cen, a poziom jej ogólności uniemożliwia Zamawiającemu kontrolę jej prawidłowości. Przystępujący zauważa, że zgodnie z treścią SIWZ, każdy wykonawca zobowiązany był jedynie do podania cen jednostkowych netto, wartości wynagrodzenia netto, należnego podatku VAT oraz ceny brutto. Przystępujący złożył w wyjaśnieniach więcej, niż jakikolwiek inny wykonawca, wykazując maksimum dobrej woli, a także to, że jego oferta nie odbiega od cen rynkowych, nawet jeżeli odbiega od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Przystępujący nie zarzuca Zamawiającemu nierzetelności w dokonywaniu wyceny, jednak zwraca uwagę, że Zamawiający szacując wartość zamówienia i biorąc pod uwagę możliwości przeciętnego wykonawcy, powinien mieć również na uwadze, że podmiot taki jak Przystępujący, specjalista na rynku i duży integrator, jest w stanie zaoferować niższe ceny poprzez efekt synergii oraz efekt skali. Należy również zwrócić uwagę na to, co orzecznictwo uważa, za rażąco niską cenę: jest to cena niewiarygodna, nierealistyczna (sygn. akt KIO/UZP 587/08), nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku (sygn. akt KIO/UZP 466/08), jest nierealistyczna w stosunku do ofert rynkowych podobnych zamówień, tj. cena wskazująca na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (sygn. akt KIO/UZP 273/08), oferta, której realizacji nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy, naraża go na straty, realizowania zadania poniżej kosztów (sygn. akt KIO/UZP 226/08). W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z żadnym z tych przypadków.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosiło przystąpienie Konsorcjum: PLAN S.A., Integraph Sp. z o.o. (dalej Odwołujący się). Odwołujący się nie zgadza się z twierdzeniem Przystępującego, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny demonstracji. Odwołujący się zwraca uwagę, że Zamawiający w rozdziale IX pkt 1 SIWZ określił wymagane dokumenty, które Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć wraz z ofertą. Jednym z wymaganych dokumentów w pkt 1 lit. (p) było "Oświadczenie spełnienia minimalnych obligatoryjnych wymogów zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania wyników kontroli produktów stanowiących przedmiot zamówienia (wg Załącznika nr 7 do SIWZ)." Zgodnie z obligatoryjną treścią Załącznika nr 7, zestaw narzędzi do kontroli i raportowania wyników kontroli produktów stanowiących przedmiot zamówienia zapewnia kontrolę w zakresie poprawności wykonania poszczególnych produktów z Warunkami technicznymi (Załącznik nr 8 do SIWZ) i Warunkami technicznymi realizacji zamówienia dla Wykonawców LPIS oraz w szczególności posiada cechy oraz funkcjonalności opisane w Załączniku nr 7 oraz w rozdziale 11.1.4 Warunków technicznych opisujących zakres usługi kontroli. Celem demonstracji - co jednoznacznie wynika z SIWZ - było wykazanie, że



zadeklarowane w Załączniku nr 7 narzędzia zapewniają prawidłowe wykonanie kontroli jakości produktów opracowanych przez Wykonawców LPIS.

Zamawiający w rozdziale XVIII pkt 6 określił, że "zadeklarowane przez Wykonawcę możliwości obsługi funkcjonalności wymienionych w ww. załączniku, zostaną uznane za zgodne ze stanem faktycznym, jeżeli wykonana przez Wykonawcę demonstracja wykaże, że są one rzeczywiście zawarte w opracowanym zestawie narzędzi do kontroli oraz raportowania." Weryfikacja funkcjonalności zgodnie z zapisami Załącznika nr 7 miała polegać na kontroli poprawności wykonania poszczególnych produktów z Warunkami technicznymi. W tym celu Wykonawcy otrzymali w dniu otwarcia ofert scenariusze demonstracji, zgodnie z którymi należało zademonstrować wymaganą funkcjonalność pod kątem kontroli poprawności wykonania poszczególnych produktów z Warunkami technicznymi. Celem demonstracji było zatem zweryfikowanie, czy zadeklarowane przez Wykonawcę narzędzia wykonują kontrolę poprawnie, zgodnie z wymaganiami zawartymi w Warunkach technicznych. W przypadku, gdy demonstrowana funkcjonalność działała błędnie, została zgodnie z zapisami w rozdziale XVIII pkt 6 SIWZ udokumentowana zrzutami ekranowymi, które stanowiły załącznik do raportu z demonstracji. Błędnie działająca funkcjonalność narzędzi do kontroli, była podstawą do nie przyznania punktów za powyższą funkcjonalność. Sposób przeprowadzenia demonstracji został szczegółowo opisany w powołanym postanowieniu SIWZ. Zgodnie z zapisem ww. rozdziału, każdy z Wykonawców miał otrzymać scenariusz demonstracji w dniu otwarcia ofert. Jeżeli Przystępujący nie zgadzał się z powyższym trybem przeprowadzenia demonstracji, w szczególności z brakiem możliwości zapoznania się ze scenariuszami przed terminem złożenia oferty, miał możliwość wniesienia protestu w terminie ustawowym, jak również mógł zgłosić uwagi do samego scenariusza demonstracji. Zatem, zdaniem Odwołującego się, zarzut dotyczący statusu scenariuszy, jak i samej treści scenariuszy, należy uznać za przeterminowany i jako taki podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. Wymagania zawarte w scenariuszu demonstracji są wybranymi wymaganiami z listy obligatoryjnych wymogów zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania wyników kontroli zawartych w Załączniku nr 7 do SIWZ, stąd twierdzenie, że są one niezgodne z treścią SIWZ jest bezzasadne. Scenariusz demonstracji jest jedynie instrukcją postępowania, mającą na celu ułatwienie oferentowi przeprowadzenia demonstracji w zakładanym przez Zamawiającego i określonym w rozdziale XVIII pkt 6 SIWZ w czasie 4 godzin. Zarzut, że "SIWZ nie przewidział zasad sporządzenia Raportu, poinformowania wykonawców o Raporcie i wynikach demonstracji, a także zasad dostępu do niego przez Wykonawców", należy traktować jako wniesiony po terminie, określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Sporządzenie raportu z demonstracji należy do czynności Komisji Przetargowej. Raport i wyniki demonstracji są jawne, zgodnie z zapisem art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Ad 3.4 Zgodnie z zapisami w Załączniku nr 7 zestaw narzędzi miał zapewniać kontrolę w zakresie poprawności wykonania poszczególnych produktów z Warunkami technicznymi. W Warunkach technicznych Zamawiający wskazał, że kontroli podlegają ortofotomapy przekazywane w układach PUWG1992 i PUWG2000. Jeżeli w nagłówku pliku GeoTIFF wpisane są nieprawidłowe wartości parametrów układu współrzędnych, to taka ortofotomapa nie jest poprawną, zgodnie z Warunkami technicznymi, gdyż nie są to wtedy ortofotomapy w układzie PUWG1992 czy też PUWG2000. Tak więc kontrola powinna wykazać takie ortofotomapy jako błędne. Zostaną one wyświetlone w środowisku graficznym ZSZiK w niewłaściwym miejscu. Podobnie błędną, zgodnie z Warunkami technicznymi, jest ortofotomapa, której nazwa (godło arkusza) określa inne położenie treści ortofotomapy niż wyświetlona treść tej ortofotomapy w środowisku graficznym. Zasięg obszarowy treści poszczególnych arkuszy ortofotomapy jest określony przez nazwę pliku ortofotomapy. Tak więc, nieprawidłowa jest ortofotomapa o nazwie 8.203.11.1.tif jeśli jej treść wyświetla się w środowisku graficznym w ramce arkusza 8.203.11.2.tif.

Ad 8.7 W Raporcie z oceny przeprowadzonej w dniu 23 kwietnia 2009 r. demonstracji działania zestawu narzędzi informatycznych przeznaczonych do kontroli ilości i jakości technicznej produktów opracowań wykonywanych na rzecz ARiMR oraz do raportowania wyników tej kontroli (raport z demonstracji przeprowadzonej przez Przystępującego) na stronie 7 w punkcie Ad.8.7 jest napisane: "Wykonawca w ramach przeprowadzonej kontroli nie wykrył wszystkich błędów przypisanych do punktu 8.7 Scenariusza". Po analizie listy plików, w których wystąpiły granice odniesienia z niepoprawną geometrią i topologią wraz z opisem rodzaju błędu i zrzutami ekranowymi je obrazującymi (strony 7-15 ww. raportu), jak również zrzutów z demonstracji przeprowadzonej przez Przystępującego, dotyczących scenariusza 8.7 można stwierdzić, że nie zostały znalezione błędy geometrii, które nie zależą od parametrów dokładnościowych zasad przeprowadzenia kontroli, np. błędy pętli (błędy nr 3 i 4 w ww. raporcie), błąd typu "bagnet", odcinki granic nie będące częściami zamkniętych konturów obiektów powierzchniowych (błąd nr 7w ww. raporcie). Błędy te są przedmiotem kontroli Produktu 2 zgodnie z Warunkami technicznymi. Również błędy topologiczne, które nie zostały znalezione przez Przystępującego, nie zależą od parametrów dokładnościowych, np. błąd nakładania obejmujący całą działkę (błąd nr 1 w ww. raporcie), warstwa granic odniesienia nie stanowi jednego spójnego obszaru - tzw. "dziura", która wynika z braku całej działki (błąd nr 5 w ww. raporcie). Błędy te powinny być znalezione przez Przystępującego, nawet jeśli Zamawiający zmienił parametry dokładnościowe kontroli. W raporcie z oceny przeprowadzonej demonstracji nie ma jakiegokolwiek wzmianki o definiowaniu podczas prezentacji na żądanie Zamawiającego parametrów dokładnościowych. Zatem wydaje się nieprawdopodobne, żeby taka sytuacja miała miejsce.

Ad. 9.1 a) W SIWZ nie ma zapisanej wartości parametru dokładności powierzchni zapisanej w pliku GML z faktyczną powierzchnią. Nigdy też we wcześniejszych i aktualnych opracowaniach wartość tego parametru nie była określona. Nie było więc potrzeby ani podstaw żeby przyjmować jego wartość na 10 m<sup>2</sup>. Zatem bezpodstawne i nieuzasadnione przyjęcie nieprawidłowych parametrów kontroli spowodowało zwrócenie błędnych wyników kontroli. Daje to podstawę do stwierdzenia, że kontrolę przeprowadzono niewłaściwie.

b) W SIWZ nie ma zapisanej minimalnej wartości odległości między punktami, nigdy też we wcześniejszych i aktualnych opracowaniach nie była ona określona. Nie było więc potrzeby, ani podstaw, żeby przyjmować jej wartość na 1 cm. Ponadto współrzędne wierzchołków w plikach z polami zagospodarowania nie są zapisane w miarach liniowych (metrycznych) tylko kątowych, tak więc nie ma mowy o zaokrągleniu ich do 1 cm. Zatem bezpodstawne i nieuzasadnione przyjęcie nieprawidłowych parametrów kontroli spowodowało zwrócenie błędnych wyników kontroli. Daje to podstawę do stwierdzenia, że kontrolę przeprowadzono niewłaściwie.

W Warunkach technicznych nie ma zdefiniowanej minimalnej odległości pomiędzy wierzchołkami konturów pól zagospodarowania. Nigdy we wcześniejszych, jak i obecnych opracowaniach, parametr ten nie był określony. Geodezyjne instrukcje techniczne mają zastosowanie jedynie do Produktów 1 i 2, natomiast nie dotyczą Produktu 3 (zaktualizowana wektorowa mapa pól zagospodarowania). Produkt 3 jest tworzony na potrzeby systemu ZSZiK i nie podlega weryfikacji względem geodezyjnych instrukcji technicznych. Nigdy też wykazanie takich punktów nie leżało w obowiązku Weryfikatora Jakości Danych. Zgodnie z Warunkami technicznymi przedmiotowego Zamówienia, jak również Warunkami technicznymi realizacji zamówienia dla Wykonawców LPIS, nie jest przewidziana taka kontrola.

W przedmiocie rażąco niskiej ceny, Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający zwracając się w formie pisemnej do Wykonawcy, wyznacza termin na złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przerzucając tym samym ciężar dowodu na Wykonawcę, w którego najlepszym interesie pozostaje udowodnienie, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Zgodnie bowiem z art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W opinii Odwołującego się, Przystępujący w wyjaśnieniach nie wykazał czynników o obiektywnym charakterze, które mogłyby wpłynąć na tak znaczną redukcję ceny. Z uwagi na lakoniczną treść wyjaśnień należy stwierdzić, że zakwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę, wynikającą z niedoszacowania zakresu prac w przedmiotowym zamówieniu.

Pismem z dnia 3 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował o uwzględnieniu protestu, stwierdzając, że dokona czynności zgodnie z żądaniem Przystępującego.

W dniu 12 czerwca 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podniósł zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp: art. 180 ust. 7 poprzez zaniechanie odrzucenia części protestu wniesionych po terminie dotyczących treści SIWZ oraz treści scenariuszy, art. 7 ust. 1, art. 183 ust. 6, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 96 ust. 2 i 3.

W przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący się dodaje, iż kalkulacja cenowa została przez Przystępującego objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże niezależnie od powyższego, wskazuje, że prawidłowo wykonana kalkulacja dla tego zamówienia, powinna zawierać co najmniej następujące pozycje: koszt kontroli Produktów 1-4, koszt importu Produktów 1-4, koszt wykonania aplikacji do przenumerowań obrębów jednostek ewidencyjnych, koszt wykonania aplikacji do tworzenia Zestawu danych do Importu Danych, pozostałe koszty (infrastruktura, biuro), koszty zarządzania.

Dodatkowo Odwołujący się podnosi, iż doświadczenie w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego nie obejmowało importu danych do bazy ZSZiK. Odwołujący się na tej podstawie wysuwa wniosek, iż Przystępujący mógł niepoprawnie ocenić koszt wykonania tych prac.

Na brak zrozumienia przedmiotu zamówienia przez Przystępującego, wskazuje również fakt, że zakłada on „użycie specjalizowanych narzędzi informatycznych zwiększających wydajność poprzez automatyzację praktycznie całego procesu realizacji usługi”. Jednak z Warunków Technicznych wynika, że podstawowym elementem prac związanych z kontrolą jakości danych LPIS są kontrole wizualne - a takich nie da się zautomatyzować i powinny być wykonywane przez doświadczonych operatorów. Natomiast w tych kontrolach, które wymagają użycia narzędzi informatycznych, Raport Zamawiającego z oceny przeprowadzonej demonstracji jednoznacznie wskazuje, że posiadane przez Przystępującego narzędzia, mające być wykorzystywane w procesie kontroli, nie działają poprawnie.

Odwołujący się wnosi o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków, członków komisji przetargowej Zamawiającego: Zbigniew Antonik, pracownik Departamentu Zamówień Publicznych, Renata Piłat, pracownik Departamentu Ewidencji Gospodarstw, na okoliczność udokumentowania przebiegu i oceny demonstracji w kontekście zapisów SIWZ oraz scenariuszy demonstracji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Przystępujący zgłosił przystąpienie, ponawiając argumentację przedstawioną w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowanego na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż Odwołujący się posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Bez wpływu na ocenę przedmiotowej okoliczności pozostaje fakt, iż Odwołujący się złożył ofertę, której cena przewyższa wartość szacunkową przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest kontrola polegająca na pełnieniu zadań Weryfikatora Jakości Danych (WJD), w zakresie kontroli ilości i jakości technicznej każdej partii danych, dotyczących czterech produktów, import tych danych do systemu ZSZiK oraz wykonanie i wdrożenie określonych aplikacji (rozdział I, pkt 4 SIWZ). Wykonywanie kontroli przedmiotowych danych, wykonawca przeprowadza przy użyciu zestawu narzędzi do kontroli i raportowania, który w ramach niniejszego zamówienia zobowiązany jest stworzyć, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w warunkach technicznych (Załącznik nr 8 do SIWZ) oraz warunkach technicznych realizacji zamówienia dla wykonawców LPIS. Minimalne obligatoryjne wymogi zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania zostały określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 7 do SIWZ (rozdział I, pkt 5 SIWZ). Jednocześnie Zamawiający postanowił, iż dokona sprawdzenia, czy zadeklarowane przez Wykonawcę w wypełnionym oświadczeniu (wg Załącznika nr 7 do SIWZ) minimalne wymogi zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania są zgodne ze stanem faktycznym. W tym celu, każdy z Wykonawców zobowiązany był przeprowadzić demonstrację działania przedmiotowego zestawu narzędzi (rozdział XVIII, pkt 6 SIWZ). Demonstrację należało przedstawić w oparciu o scenariusz demonstracji, który zawierał zestaw wybranych przez Zamawiającego z Załącznika nr 7 do SIWZ, minimalnych obligatoryjnych funkcjonalności zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania. Zamawiający postanowił, iż „zadeklarowane przez Wykonawcę możliwości obsługi funkcjonalności wymienionych w w/w załączniku, zostaną uznane za zgodne ze stanem faktycznym, jeżeli wykonana przez Wykonawcę demonstracja wykaże, że są one rzeczywiście zawarte w opracowanym zestawie narzędzi do kontroli oraz raportowania. Postanowienia niniejszego akapitu nie pozostają w sprzeczności z dalszą treścią punktu” (akapit drugi, pkt 6, rozdział XVIII SIWZ).

Dokumentem potwierdzającym przeprowadzenie demonstracji był Raport z wynikami demonstracji. Raport ten zawierał szczegółową punktację oraz „stwierdzenie, czy Wykonawca zdobył wymaganą przez Zamawiającego minimalną ilość punktów, a tym samym potwierdził zawarte w oświadczeniu wymogi dla zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania”. W przypadku wystąpienia podczas demonstracji błędów, załącznikami do

Raportu, były wydrukowane zrzuty ekranowe, „stwierdzające błędne zadziałanie narzędzi do kontroli oraz raportowania” (akapit ósmy, pkt 6, rozdział XVIII SIWZ).

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż uzna opracowany zestaw narzędzi do kontroli oraz raportowania za zgodny z treścią SIWZ, jeśli łączna liczba punktów uzyskanych przez Wykonawcę, podczas przeprowadzonej demonstracji, wyniesie co najmniej 90% liczby punktów możliwych do zdobycia. Wagi (punkty) dla każdej funkcjonalności określone zostały w Załączniku nr 7 do SIWZ. W przypadku zaś, gdy łączna liczba punktów uzyskanych przez Wykonawcę, podczas przeprowadzonej demonstracji, wyniesie mniej niż 90% liczby punktów możliwych do zdobycia, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (akapit dwunasty i trzynasty, pkt 6, rozdział XVIII SIWZ).

W dniu 23 kwietnia 2009 r. Przystępujący przeprowadził demonstrację i jak wynika z raportu oceny przeprowadzonej demonstracji, wszystkie dokonane czynności były zgodne z wymaganiami Zamawiającego w aspekcie kompletności, nie spełniały zaś wymagań w zakresie poprawności (dotyczy to w szczególności pkt 3.4, 8.7. i 9.1, będących przedmiotem zarzutów odwołania, a ponadto pkt 1.2., 1.7, 1.8., 8.8.).

W tym stanie faktycznym powstał spór, czy podstawą oceny, w świetle przytoczonych postanowień SIWZ, może być jedynie fakt zawarcia, określonych w Załączniku nr 7, funkcjonalności. W celu rozstrzygnięcia przedmiotowego zagadnienia należy zauważyć, że celem demonstracji, wbrew twierdzeniom Przystępującego, było sprawdzenie minimalnych wymogów zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania, a nie jedynie funkcjonalności. Zamawiający wprost bowiem wskazał, iż demonstracja obejmuje działanie opracowanego zestawu narzędzi do kontroli i raportowania (akapit pierwszy, punkt 6, rozdział XVIII SIWZ). Po pierwsze więc, celem demonstracji jest sprawdzenie przedmiotowego zestawu narzędzi, po drugie, ocena była dokonywana w aspekcie działania. Z tych względów, za niewystarczające należy uznać, jak to uczynił Przystępujący, jedynie wykazanie funkcjonalności. Powyższe potwierdza również oświadczenie zawarte w Załączniku nr 7 do SIWZ, z którego wynika, że „zestaw narzędzi do kontroli i raportowania wyników kontroli produktów stanowiących przedmiot zamówienia zapewnia kontrolę w zakresie poprawności wykonania poszczególnych produktów z warunkami technicznymi (załącznik nr 8 do SIWZ) i Warunkami technicznymi realizacji zamówienia dla Wykonawców LPIS oraz w szczególności posiada cechy oraz funkcjonalności opisane w poniższym dokumencie”.

Jednocześnie, Zamawiający w odniesieniu do funkcjonalności postanowił, że możliwość obsługi funkcjonalności zostanie uznana za zgodną ze stanem faktycznym, jeżeli demonstracja wykaże, że są one zawarte w opracowanym zestawie narzędzi. Oznacza to, że w istocie sam fakt ujęcia funkcjonalności w zestawie narzędzi, przesądza o jej istnieniu i możliwości korzystania z niej. Jednakże powyższe zastrzeżenie, Zamawiający uczynił jedynie w stosunku do funkcjonalności. Zabieg ten jest zrozumiały i uzasadniony, bowiem o

funkcjonalności możemy mówić wtedy, gdy jest przewidziana w jakimś systemie. Zaś, o stwierdzenia istnienia narzędzi do kontroli i raportowania, można mówić wyłącznie w sytuacji, w której oprócz tego, że istnieją funkcjonalności, to spełniają one określone wymogi i zapewniają kontrolę. W niniejszym postępowaniu, na zestaw narzędzi składają się funkcjonalności, które zapewniają kontrolę poprawności wykonania poszczególnych produktów. Zaś, poprawność ta oceniana jest w oparciu o warunki techniczne i warunki techniczne realizacji zamówienia dla wykonawców LIPS. W tych okolicznościach Zamawiający uprawniony był do sprawdzenia istnienia funkcjonalności, ale również działania zestawu narzędzi. O działaniu można mówić, gdy przedmiotowy zestaw narzędzi spełni cel, dla którego został stworzony, tzn. dokona kontroli poprawności produktów.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż celem demonstracji było sprawdzenie zestawu narzędzi, pod kątem posiadania określonych funkcjonalności i poprawności ich działania. Powyższe było również podstawą oceny. Potwierdzają to postanowienia SIWZ, z których wynika, że Zamawiający ilość punktów odnosi do zestawu narzędzi do kontroli oraz raportowania oraz okoliczność stwierdzania błędów przez Zamawiającego. Zamawiający wprost wskazuje, że wykonawcę, który zdobył minimalną ilość punktów uznaje się za wykonawcę, który potwierdził zawarte w oświadczeniu wymogi dla zestawu narzędzi (akapit ósmy, pkt 6, rozdział XVIII SIWZ). Nie ulega zatem wątpliwości, że punkty nie są przyznawane jedynie za funkcjonalność. Ponadto, obowiązek stwierdzania przez Zamawiającego błędów i ich dokumentowania, również wskazuje, że wykazanie błędów nie pozostaje bez wpływu na ocenę. Gdyby bowiem Zamawiającemu chodziło jedynie o ocenę funkcjonalności, okoliczność wystąpienia błędu nie byłaby przedmiotem zainteresowania Zamawiającego.

Stwierdzenie, iż wagi (punkty) dla każdej funkcjonalności określone są w Załączniku nr 7 do SIWZ, ma jedynie to znaczenie, iż nie wszystkie funkcjonalności są dla Zamawiającego tak samo istotne. Nie oznacza to jednakże, że ocena dokonywana jest jedynie w odniesieniu do istnienia funkcjonalności, ale również jako elementu zestawu narzędzi, zapewniającego kontrolę poprawności określonych produktów.

Z powyższego wynika, iż postanowienia SIWZ były dostateczną podstawą do dokonania oceny funkcjonalności, w aspekcie kompletności i poprawności. Stwierdzenie, iż funkcjonalność była kompletna, nie przesądza, że mamy do czynienia z narzędziem. Na tym tle, argumentacja Przystępującego, dotycząca statusu scenariusza, jest bezprzedmiotowa. Niezależnie od powyższe stwierdzić należy, że postanowienia scenariusza nie wykraczają poza postanowienia SIWZ, co więcej Przystępujący nie protestował na wskazany w scenariuszu sposób oceny demonstracji. Podobnie, za bezprzedmiotową uznać należy argumentację, iż zrzuty z ekranu są dowodem na to, że wymagane funkcjonalności zostały zademonstrowane. Istnienie funkcjonalności, o czym była wyżej, jest niewystarczające dla

stwierdzenia zestawu narzędzi. Uwagi Przystępującego, dotyczące sposobu dokonania oceny rzutów, podobnie jak, brak szczegółowych regulacji w SIWZ kwestii dotyczących sporządzania raportów powoduje, iż nie mogą być brane pod uwagę, gdyż w istocie stanowią zarzuty wobec postanowień SIWZ i scenariusza i jako takie należy je uznać za spóźnione. Jednakże, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, przepis art. 180 ust. 7 ustawy Pzp, nie stanowi podstawy do odrzucenia części protestu, w konsekwencji spóźnionych zarzutów. Wskazana regulacja nie przewiduje bowiem instytucji częściowego odrzucenia protestu.

Zamawiający na rozprawie przyznał, iż podtrzymuje twierdzenie zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Przystępującego, w zakresie stwierdzonych błędów. W związku z powyższym przedmiotową okoliczność, należy uznać za bezsporną między stronami. Z treści rozstrzygnięcia protestu, a w szczególności ze stwierdzenia, że „Zamawiający dokona czynność zgodnie z żądaniem Protestującego”, przy braku uzasadnienia faktycznego, nie wynika bowiem, iż wszystkie żądania Przystępującego zostały uwzględnione. Świadczy o tym również fakt, iż Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, nie podejmował żadnych dalszych działań związanych z uwzględnieniem protestu, czekając na jego ostateczne rozstrzygnięcie. Brak aktywności Przystępującego w przedmiocie uzyskania informacji dotyczących okoliczności faktycznych będących podstawą rozstrzygnięcia protestu powoduje, iż wobec złożonego na rozprawie oświadczenia, nie ma możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej w tym zakresie i w konsekwencji, jego twierdzenia w tym przedmiocie pozostawały w sprzeczności z twierdzeniami Zamawiającego.

W tych okolicznościach, uznać należy, iż istnieją podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego, stąd zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zasługuje na uwzględnienie. W konsekwencji znalazł potwierdzenie również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż brak podstaw do jego uwzględnienia. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar udowodnienia, że w konkretnym postępowaniu nie zaoferowano ceny rażąco niskiej, spoczywa na składającym wyjaśnienia w tym przedmiocie. Jednakże, w sytuacji uwzględnienia przedmiotowych wyjaśnień przez zamawiającego, wykazanie okoliczności przeciwnej, obciąża Odwołującego się.

Przedstawiony przez Odwołującego się sposób kalkulacji ceny, przy uwzględnieniu czynników ją kształtujących, w istocie stanowi jedynie wskazanie, iż kalkulacja ceny wymaga uwzględnienia kosztów wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia. Z powyższego nie wynika, iż któregokolwiek ze wskazanych elementów nie uwzględnił Przystępujący. Ponadto, przedstawiony sposób kalkulacji jest z jednym z możliwych, przy użyciu którego można przedstawić strategię budowania ceny, ale z pewnością nie jest to



sposób jedyny i wiążący. Wydaje się nawet, że jest zbyt ogólnikowy i nie daje możliwości obiektywnego przedstawienia czynników cenotwórczych. Kalkulacja sporządzona przez Przystępującego jest bardziej rozbudowana, nie wykazuje cech nierzetelności, nie sposób jej też uznać za nierealistyczną.

Doświadczenie w realizacji podobnego zamówienia na rzecz Zamawiającego, nawet jeśli nie odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia, nie jest jedynym elementem kształtującym cenę oferty Przystępującego. Stąd, zakwestionowanie jednego z czynników cenotwórczych nie powoduje, iż cenę oferty należy uznać za rażąco niską. Faktu tego nie zmienia okoliczność, iż podczas demonstracji, wykryto błędy w działaniu określonych narzędzi. Nie wykazano bowiem związku między wskazanymi wadami a ich wpływem na cenę. Nie sposób uznać, iż Przystępujący nie wykonał pewnych narzędzi po to, aby obniżyć koszty wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Okoliczność, iż proponowany przez Przystępującego system informatyczny posiada szereg funkcji automatyzujących proces kontroli danych nie oznacza, iż Przystępujący zaniecha przeprowadzenia kontroli wizualnych, do których w ramach realizacji zamówienia jest zobowiązany.

Wskazanie przez Odwołującego się orzecznictwa w zakresie definicji rażąco niskiej ceny nie przesądza o tym, iż z przedmiotową ceną mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Odwołujący się nie wykazał okoliczności, które jak wynika z treści wskazanych orzeczeń, stanowią podstawę do uznania ceny za rażąco niską. W tym stanie faktycznym, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy uznać za chybiony.

Zarzut naruszenia przepisów: art. 183 ust. 5 i 6 oraz art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła wnioskowanego przez Odwołującego się dowodów z przesłuchania świadków z uwagi na ich bezprzedmiotowość. Przebieg demonstracji oraz ocena zostały zawarte w raporcie z przeprowadzonej demonstracji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. Jednocześnie Izba zauważa, iż wobec stwierdzenia prawidłowości odrzucenia oferty Przystępującego, brak podstaw do nakazania jakiegokolwiek działania ze strony Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....