

Sygn. akt: KIO 2577/15  
KIO 2590/15

**WYROK**  
**z dnia 10 grudnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 listopada 2015 r. przez **wykonawcę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** (KIO 2577/15)

B. w dniu 27 listopada 2015 r. przez **wykonawcę Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** (KIO 2590/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, Al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa**

przy udziale **wykonawców:**

A. **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2577/15 po stronie zamawiającego,

B. **Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2590/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie wniesione przez wykonawcę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. i nakazuje zamawiającemu, tj. Państwowemu Funduszowi Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z udziałem oferty złożonej przez wykonawcę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.,**

2. oddala odwołanie wniesione przez **Comarch S.A.**,
3. kosztami postępowania obciąża: **wykonawcę Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** i **wykonawcę Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** tytułem należnych wpisów od odwołań,
  - 3.2. zasądza od **wykonawcy Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** na rzecz **wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ul. Kasprzaka 3, 85-321 Bydgoszcz** kwotę **22 200 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2577/15**  
**KIO 2590/15**

## **Uzasadnienie**

Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na stworzenie i dostawę dokumentacji, świadczenie usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz realizację modyfikacji Systemu Obsługi Finansowej SOF2 PFRON. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 czerwca 2015 r. pod nr 2015/S 118-213708.

W postępowaniu tym w dniu 26 listopada 2015 r. wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. oraz w dniu 27 listopada 2015 r. wykonawca Comarch S.A. złożyli odwołania (sygn. akt odpowiednio: KIO 2577/15 i KIO 2590/15) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Pismem z dnia 18 listopada 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Comarch S.A. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz o uznaniu oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu wykonawcy Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z postępowania stwierdził, że złożona przez ww. wykonawcę gwarancja wadialna nie spełnia ustawowych wymagań z uwagi na okoliczność, iż jej treść zawęża ustawowe uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że przepis ten przewiduje uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium gdy „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, co obejmuje szerszy zakres przypadków niż przesłanka zatrzymania wadium przewidziana w gwarancji wadialnej przedstawionej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.: „nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie”. Dla zobrazowania sytuacji zamawiający jako przykład zawężenia zakresu

odpowiedzialności gwaranta, które nastąpiło w złożonej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. gwarancji wadialnej wskazał, że użyte w pkt 1 lit. c gwarancji sformułowanie „wykonawca nie zawarł” odnosi się do działania wykonawcy, natomiast przesłanka z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy „zawarcie umowy stało się niemożliwe”, a więc nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania po stronie wykonawcy.

Wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego:

- 1) wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., a w jego konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comarch S.A.,
- 3) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert, oferta ta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wniósł wadium, podczas gdy wykonawca ten wniósł wadium dostarczając gwarancję bankową spełniającą wszelkie wymagania przepisów ustawy Pzp i zamawiającego,
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie tzn. przyjęcie, że ofertę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. należy uznać za odrzuconą na tej podstawie, że wykonawca ten został wykluczony, podczas gdy nie zachodziły podstawy do wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.,
- 3) art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Comarch S.A., która nie jest najkorzystniejszą w świetle kryteriów wyboru ofert oraz niedokonanie wyboru oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., mimo iż w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert oferta ta uzyskałaby największą liczbę punktów i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza,
- 4) art. 7 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co polegało na niepoddaniu ocenie punktowej oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. i niedokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej,
- 5) innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wskazała, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą tak Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych, treść gwarancji bankowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi zawierać sformułowania warunków zapłaty, które byłoby przytoczeniem brzmienia art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1-3 ustawy Pzp, natomiast ma obejmować wszystkie sytuacje uregulowane w tych przepisach (vide: wyrok z dnia 6 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 209/09), wyrok z dnia 15 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 575/09 i KIO/UZP 595/09), wyrok z dnia 19 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 564/09), wyrok z dnia 31 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1752/10), uchwały z dnia 24 września 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 33/09)). Istotne jest, jak podkreśliła Baza i Systemy Bankowe Sp. z o.o., czy z treści gwarancji wynika, że beneficjent-zamawiający będzie się z niej mógł zaspokoić w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Powyższe oznacza, zdaniem Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., że wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Pzp, przy czym dla uznania wadium za wniesione prawidłowo nie jest konieczne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 ustawy Pzp. Określenie warunków zapłaty z tytułu gwarancji jest bowiem możliwe poprzez opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających, czy też poprzez lakoniczne wskazanie, że gwarant zapłaci na zasadach określonych we wskazanej ustawie. Jak zaznaczyła Baza i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ustawa Pzp nie precyzuje zakresu treści dokumentu będącego podstawą ustanowienia wadium, nie wymaga też precyzyjnego zapisania przypadków skutkujących zatrzymaniem wadium. Treść dokumentu musi być więc oceniana pod kątem celu wniesienia wadium, tj. skutecznego zabezpieczenia oferty. Podsumowując, Baza i Systemy Bankowe Sp. z o.o. przyjęła, że treść gwarancji wadium w zakresie zdarzeń uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, aby mogła zostać uznana za prawidłową może:

- 1) w sposób generalny odwoływać się do przepisów ustawy Pzp lub
- 2) przywoływać konkretny przepis ustawy, tj. art. 46 ustawy Pzp lub
- 3) przywoływać konkretne przepisy ustawy wraz z ustępem, tj. art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, lub
- 4) odwoływać się do konkretnych jednostek redakcyjnych ustawy, tj. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1-3 ustawy Pzp lub
- 5) wskazywać okoliczności uprawniające do skorzystania z instytucji zatrzymania wadium, lub

6) wskazywać zarówno podstawę prawną jak i okoliczności z niej wynikające.

Wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. stwierdził, że w sposób precyzyjny, jasny i niebudzący żadnych wątpliwości wskazał konkretne przepisy ustawy Pzp, tj. w szczególności art. 46 ust. 5, których zaistnienie upoważniać będzie zamawiającego do skorzystania z gwarancji wadium. Tym samym, wykonawca nie wprowadził jakichkolwiek ograniczeń dla przyszłych ewentualnych działań zamawiającego, a zatem dopełnił wszystkich wymagań stawianych wobec niego w zakresie skutecznego wniesienia wadium. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zwróciła uwagę, że z przytoczonych powyżej orzeczeń wynika, że samo powołanie się ogólnie na postanowienia ustawy Pzp jest uznawane za spełnienie wymagań, a zatem należy przyjąć, iż wskazanie konkretnego przepisu, odnoszącego się bezpośrednio do okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, spełnia wymagania stawiane przez ustawę. Tym bardziej, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wskazując konkretne przepisy ustawy, tj. art. 46 ust. 5 ustawy Pzp nie dokonała żadnych wyłączeń czy ograniczeń uprawnień przysługujących zamawiającemu. Powyższego, jak wskazała Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., zdaje się nie zauważać zamawiający, który cały wywód dotyczący rzekomego zawężenia warunków zapłaty wadium opiera na wskazanych przez wykonawcę w treści udzielonej gwarancji okolicznościach stanu faktycznego będącego podstawą dochodzonych roszczeń.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo przekonania, że z uwagi na powyższą argumentację dalsze analizowanie przedmiotowej gwarancji jest zbędne, podjęła próbę wykazania, że nawet niepodzielenie powyższego stanowiska i próba wykładni sformułowanych w gwarancji zdarzeń uprawniających do skorzystania z wadium przez zamawiającego, prowadzić będzie do tożsamyh wniosków w zakresie prawidłowości treści złożonej gwarancji.

W ocenie Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., nie ulega wątpliwości, iż precyzyjne ukształtowanie stosunku prawnego z niej wynikającego zależy od woli stron, w szczególności od gwaranta, działającego na polecenie zleceniodawcy (wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu), który powinien działać według wskazówek zamawiającego, który ma być beneficjentem świadczenia pieniężnego z gwarancji. Zatem treść dokumentu gwarancji powinna w sposób kompletny określić zakres obowiązków i uprawnień stron tego stosunku prawnego. Jednocześnie, odesłanie w art. 84 ustawy Prawo bankowe do stosowania w zakresie gwarancji bankowych przepisów Kodeksu cywilnego oznacza, co do zasady, możliwość stosowania reguł wykładni oświadczeń woli i umów wskazanych w art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w odniesieniu do tej czynności prawnej (tak wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 150/12). Tym samym, jak zaznaczyła Bazy i Systemy

Bankowe Sp. z o.o., dokonując interpretacji złożonego oświadczenia w gwarancji należy mieć na uwadze reguły wykładni wskazane w ww. przepisie Kodeksu cywilnego.

Zdaniem Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., użyte w treści gwarancji wadialnej określenie w żaden sposób nie zawęży ustawowych warunków zatrzymania wadium. Skoro bowiem gwarancja nie posługuje się dosłownym brzmieniem przepisu, mimo że powołuje się na art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, co zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej uważa się za wystarczające, należy badać, jaki jest jej sens, a w szczególności skutek zastosowania i czy pozwala ona w pełni zagwarantować uprawnienia zamawiającego.

Niewątpliwym jest, w ocenie Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., że celem ustawodawcy było zabezpieczenie sytuacji zamawiającego na wypadek, gdy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie będzie mogło dojść do zawarcia umowy i w tym sensie zawarcie umowy w sprawie zamówień publicznych stanie się niemożliwe. Jak wskazała Baza i Systemy Bankowe Sp. z o.o., dokonując analizy ustawowego postanowienia: „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” należy przyjąć, że ustawodawca w pierwszej kolejności wskazuje niejako skutek zaistnienia przyczyn, za które odpowiada wykonawca. Skutkiem tym jest niemożliwość zawarcia umowy. Skutek ten zaś może zostać wywołany tylko i wyłącznie poprzez przyczyny leżące po stronie wykonawcy tj. poprzez:

- a) zachowanie wykonawcy polegające na działaniu albo zaniechaniu i/lub
- b) okoliczności niezależne od wykonawcy, jednakże za które ponosi on odpowiedzialność, a tym samym leżące po jego stronie.

Baza i Systemy Bankowe Sp. z o.o. podkreśliła, że w złożonej gwarancji wiernie odniosła się do zdarzeń wywołujących powyżej opisany skutek posługując się zwrotem: „ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie”. Oznacza to, że kwestionowana przez zamawiającego treść gwarancji ogranicza się do zwrotu: „nie zawarł umowy”, wobec wymaganej przez zamawiającego treści ustawowej „zawarcie umowy (..) stało się niemożliwe”. Zdaniem Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. należy utożsamić oba te zwroty, gdyż *de facto* prowadzą do takiego samego skutku. Rezultat w postaci niemożliwości zawarcia umowy dotyczy bowiem tak wykonawcy, jak i zamawiającego i nie może tu dojść do jakiegokolwiek rozdzielenia ich sytuacji prawnej.

Nadto, jak wskazała Baza i Systemy Bankowe Sp. z o.o., treść gwarancji wskazuje, że „Wykonawca nie zawarł umowy (...) ponieważ stało się to niemożliwe (...)”, czyli zaistniał stan niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, skutkujący tym, iż wykonawca nie zawarł umowy. Baza i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zwróciła uwagę, że ze swej natury zdarzenie prawne polegające na zawarciu umowy zawsze dotyczy dwóch

stron, gdyż wynika to z istoty umowy jako dwustronnej czynności prawnej. Tym samym, zawsze używając tego pojęcia skutek będzie rozciągał się na dwa podmioty, tj. zamawiającego i wykonawcę. Nie ma bowiem możliwości, ażeby zaszła sytuacja, w której jedna strona mogła zawrzeć umowę, natomiast druga strona w tych samych okolicznościach jej nie zawarła. Do zawarcia dochodzi bowiem w momencie złożenia oświadczenia przez obie strony. Analogiczne rozważania, a zatem i wnioski można poczynić w zakresie zdarzenia prawnego, jakim jest niezawarcie umowy.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. podkreśliła, że zaistnienie stanu „niemożliwości zawarcia umowy” powoduje stan „niezawarcia umowy przez Wykonawcę”, lub niezawarcia umowy przez zamawiającego lub niezawarcie przez obie strony i chociaż stan „niemożliwości zawarcia umowy” jest pierwotny, to jego zaistnienie automatycznie powoduje stan „niezawarcia umowy”, a oba te stany powstaną w tym samym momencie.

Powyższe, w opinii Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., prowadzi do wniosku, że zwrot, jakim posłużył się wykonawca w pełni oddaje cel i treść postanowień ustawy Pzp, a tym samym nie można mówić o jakimkolwiek zawężeniu warunków zapłaty. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. stwierdziła, że zamawiający podając przykład rzekomego zawężenia, wpadł niejako „w pułapkę” dokonanej przez siebie karkołomnej wykładni treści złożonej gwarancji wadialnej, chociażby opierając swój wywód na nietrafionym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. Zamawiający przyjął bowiem, że sformułowanie „nie zawarł” jest przejawem działania wykonawcy, zaś ustawa odnosi się zarówno do działania, jak i zaniechania. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zgodziła się z zamawiającym, że ustawa odnosi się zarówno do działania, jak i zaniechania, ale nie zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że zachowanie polegające na „niezawarcu” jest przejawem działania. Zdaniem Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., jest to klasyczny przykład zaniechania.

Niezależnie jednak od powyższego Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. podniosła, że błąd zamawiającego polega na pominięciu w swoich rozważaniach istotnej treści złożonej przez wykonawcę gwarancji, tj. następującego fragmentu „ponieważ słało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie”. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. stwierdziła, że działanie czy też zaniechanie, o którym pisze w uzasadnieniu zamawiający, dotyczy „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, nie zaś skutku w postaci niemożliwości zawarcia umowy. Stan „niemożliwości zawarcia umowy” jest bowiem rezultatem działania bądź zaniechania wykonawcy. Działanie lub zaniechanie wchodzi natomiast w skład „okoliczności leżących po stronie wykonawcy”, a zatem stan niemożliwości zawarcia umowy jest rezultatem działania lub zaniechania wykonawcy. Tym samym, zdaniem Bazy i Systemy



Bankowe Sp. z o.o., zamawiający przyjmując, że gwarancja ogranicza go z uwagi na objęcie okolicznościami ewentualnej wypłaty wadium jedynie okoliczności działania wykonawcy, a nie zaniechania, pozostaje w błędzie, bowiem do takich wniosków nie można dojść dokonując wykładni przedmiotowej gwarancji.

Co więcej, jak wskazała Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., można nawet uznać, że sam zamawiający ograniczył katalog możliwych przykładów okoliczności leżących po stronie wykonawcy, pomijając w nim okoliczności niezależne od wykonawcy, za które jednak ponosi wykonawca odpowiedzialność.

Odnosząc się do praktycznego aspektu powyższego zagadnienia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. odwołała się do przypadku opisanego w literaturze i uznawanego za wyłączny przykład braku możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jakim jest utrata przez wykonawcę uprawnień do wykonywania prac wchodzących w zakres przedmiotu umowy, czy też brak uprawnień, pozwoleń czy certyfikatów, do uzyskania których przed podpisaniem umowy zobowiązał się wykonawca w złożonej ofercie. Sytuacje te mogą być skutkiem tak działania, jak i zaniechania wykonawcy, jak i okoliczności niezależnych od niego. Przejawem tych ostatnich jest np. nieuzyskanie koncesji pomimo wystąpienia z wnioskiem, na skutek ograniczonej ich liczby i wyboru innych podmiotów w drodze przetargu na udzielenie koncesji. O takim rozróżnieniu nie zapomniała jednak Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., a co ważniejsze, w przedmiotowej sytuacji treść złożonej przez tego wykonawcę gwarancji zapewnia skuteczność dochodzenia roszczeń zamawiającego we wszystkich możliwych okolicznościach leżących po stronie wykonawcy.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zwróciła uwagę, że dla zobrazowania braku jakiegokolwiek ograniczenia w stosunku do art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp w treści złożonej gwarancji wystarczy odnieść się do semantyki języka czy logiki rachunku zdań, zgodnie z którym jeżeli dla wszystkich wartościowań interpretacja zdania, w naszym przypadku: „nie zawarł umowy (...) ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie” jest identyczna jak interpretacja zdania z ustawy: „zawarcie umowy (...) stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, to zdania te są logicznie równoważne.

Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający w swoim uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy wskazał na zawężenie zakresu odpowiedzialności gwaranta poprzez użyte w gwarancji w pkt 1 c) sformułowanie „Wykonawca nie zawarł”, co zdaniem zamawiającego odnosi się do wykonawcy, natomiast przesłanka z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy „zawarcie umowy(...) stało się niemożliwe (...)”, a więc nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania, Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.

wywiódła, że stwierdzenia (zdania) są logicznie równoważne, wywołują taki sam skutek, nie ograniczając w żadnym zakresie uprawnienia zamawiającego do zatrzymania wadium w zależności od działania lub zaniechania bądź okoliczności niezależnych istniejących zawsze po stronie wykonawcy, a jedynie wskazuje na fakt, że przyczyna niezawarcia umowy (niemożliwości jej zawarcia) musi leżeć po stronie wykonawcy.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. poddała analizie trzy określenia, jakie mogą być użyte przez zamawiającego dla opisanego stanu, efektu, rezultatu, jaki nastąpi, gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy:

1) „Wykonawca nie zawarł umowy” na skutek zaistnienia przyczyn leżących po jego stronie uniemożliwiających podpisanie umowy, tym samym miał świadomość prawa zamawiającego do użycia w oświadczeniu literalnie użytego zwrotu w pkt 1 lit. c gwarancji, tym samym prawo zamawiającego do skorzystania z uprawnień z gwarancji nie jest niczym skrzepowane. Ponadto, skoro wykonawca nie zawarł umowy nie ograniczając możliwości skorzystania z gwarancji przez zamawiającego, to jednocześnie i zamawiający nie zawarł umowy, a tym samym zachodzi ewidentnie przypadek, w którym zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

2) Zamawiający nie zawarł umowy z wykonawcą, gdyż jego zdaniem upoważniają go do tego przyczyny leżące po stronie wykonawcy, tym samym również „Wykonawca nie zawarł umowy”, jako skutek zaistniałej sytuacji, a więc stwierdzenie w oświadczeniu żądania wypłaty z gwarancji, „że (...)Wykonawca nie zawarł umowy” jest zgodne z zaistniałą sytuacją, załączoną gwarancją, jak i art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp, tym samym skorzystanie z gwarancji przez zamawiającego z tego tytułu jest niczym nieskrępowane. Ponadto, skoro zamawiający nie zawarł umowy, to jednocześnie i wykonawca nie zawarł umowy, a tym samym, zachodzi ewidentnie przypadek, w którym zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

3) zamawiający i wykonawca nie zawarli umowy, gdyż zaistniały przyczyny leżące po stronie wykonawcy upoważniające strony do niezawarcia umowy, tym samym zachodzi przypadek, w którym zarówno zamawiający nie zawarł umowy oraz „Wykonawca nie zawarł umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”, tym samym prawo zamawiającego do skorzystania z tego tytułu z gwarancji nie jest niczym skrzepowane. Ponadto, skoro i zamawiający i wykonawca nie zawarli umowy, to jednocześnie zamawiający i wykonawca nie zawarli umowy, tym samym zachodzi ewidentnie przypadek, w którym zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zaznaczyła, że w każdym z wyżej wymienionych przypadków zawsze w konsekwencji mamy do czynienia ze stanem, w którym „zawarcie

umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”, w każdym z przywołanych przypadków mamy do czynienia ze stanem, w którym „Wykonawca nie zawarł umowy z przyczyn leżących po jego stronie”. Tym samym stwierdzenie, że powyższe zapisy, tj. art. 46 ust. 5 pkt 3 i gwarancji pkt 1 lit. c są równoznaczne i w żadnym wypadku nie krępują czy ograniczają uprawnień zamawiającego. Nadto, zdaniem Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. można stwierdzić, iż bez względu na to, jakiego stwierdzenia użyje zamawiający w oświadczeniu żądania wypłaty z gwarancji, tj. literalnie jak zapisano w gwarancji: „Wykonawca nie zawarł umowy” czy też literalnie jak ustawodawca zapisał w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp „zawarcie umowy (..) stało się niemożliwe z przyczyn (...)” zawsze gwarant wypłaci żadaną kwotę nie analizując przyczyny.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wskazała, że w przypadku gwarancji Banku Pekao S.A., dodatkowym argumentem jest to, że wypłata przez właśnie tego gwaranta wadium, w odróżnieniu od innych gwarantów funkcjonujących na rynku, nie jest uzależniona od zgłoszenia ściśle określonego oświadczenia. Zgodnie bowiem z redakcją przedmiotowej gwarancji samo oświadczenie o zaistnieniu określonego stanu wystarcza do skutecznego dochodzenia wypłaty wadium. Tymczasem porównując wskazaną treść do wystawianych przez inne banki gwarancji należy odnotować fakt częstego uzależniania wypłaty od dokładnego przytoczenia przesłanek i konkretnych okoliczności uzasadniających żądanie, czego brak w gwarancji bankowej złożonej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. Tym samym, zdaniem Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., powyższe przesądza o skutecznym zabezpieczeniu interesów zamawiającego i spełnienia stawianych wobec gwarancji wadialnej wymogów.

Dodatkowo, jak zauważyła Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., nie można pomijać faktu, iż charakter gwarancji bezwarunkowej na pierwsze żądanie i nieodwołalnej połączony z treścią udzielonej gwarancji *de facto* przesądza o skuteczności ewentualnych roszczeń zamawiającego dochodzonych na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Nadto, jak zaznaczyła Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., nie można zapominać o fakcie, iż abstrakcyjny charakter gwarancji opiera się o założenie braku podstaw do badania zasadności i rzeczywistego zaistnienia okoliczności podnoszonych przez zamawiającego. Samo wystąpienie i powołanie się na okoliczności powoduje niejako automatyzm i wypłatę wadium. Powyższe wynika bowiem z braku możliwości formułowania zarzutów ze stosunku podstawowego w stosunku do beneficjenta gwarancji, tj. zamawiającego.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. podniosła również, że uzasadnienie wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. pozostaje w sprzeczności z zasadami wykładni tak

językowej, jak i funkcjonalnej. Skoro ustawodawca nie wymaga, aby treść gwarancji posługiwała się dokładnym brzmieniem przepisów, oznacza to, że należy badać sens i skutek użytego w gwarancji postanowienia. Tego oczywistego faktu zdaje się nie dostrzegać zamawiający, który przeprowadza nielogiczny, pozbawiony sensu wywód, oparty o błędne założenia, które w sposób naturalny prowadzą go do błędnych wniosków. Powyższe, zdaniem Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., dowodzi nieprawidłowości oceny treści gwarancji, a na jej skutek błędne i sprzeczne z ustawą uznanie, iż zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy i uznania w konsekwencji jego oferty za odrzuconą.

Na wypadek, gdyby powyższa argumentacja okazała się dla zamawiającego niewystarczająca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zauważyła, że w treści złożonej gwarancji wprost odwołuje się do „stanu niemożliwości zawarcia umowy”. Istota problemu sprowadza się więc do zamiany kolejności słów użytych przez ustawodawcę i gwaranta. Powyższe należy wyprowadzić z treści gwarancji i użytego zwrotu: „ponieważ stało się to niemożliwe”. Tym samym, niezawarcie umowy przez wykonawcę stało się niemożliwe z uwagi na zaistniały stan niemożliwości zawarcia umowy, którego przyczyn należy poszukiwać w okolicznościach leżących po stronie wykonawcy, tj. jego działania, zaniechania tudzież innych, niezależnych od niego okolicznościach, za które odpowiada. Z uwagi na to, że stan niemożliwości zawarcia umowy, tak samo jak stan niezawarcia umowy dotyczy niejako automatycznie dwóch stron, niewątpliwie nie można mówić o jakimkolwiek innym wydźwięku zwrotu, jakim posłużył się gwarant, niż ten wynikający z ustawy.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wyraziło przypuszczenie, że zamawiający świadomie, niejako celem udowodnienia błędnych założeń, pomija część treści gwarancji, chcąc tym samym zwrócić uwagę na jeden tylko element, jakim jest użycie przez gwaranta słów: „Wykonawca nie zawarł”. Jednakże poprzez pominięcie w uzasadnieniu zasadniczego elementu gwarancji tworzy nowy stan faktyczny. Faktem jest bowiem, że treść gwarancji wprost stanowi, że wykonawca nie zawarł umowy, ponieważ stało się to niemożliwe. Tym samym, spełnia ona wszystkie wymagane ustawowe elementy gwarancji wadialnej, a stosowany przez zamawiającego zabieg ukierunkowania uwagi odbiorcy na dowolnie wybrany element, nie może odnieść pożądanego skutku. Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zaznaczyła, że skoro gwarancja zawiera wszystkie elementy wymagane ustawą, a nadto niejako dodaje określoną konsekwencję stanu niemożliwości zawarcia umowy wynikającej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w postaci tego, że wykonawca nie zawarł umowy, trudno czynić z powyższego jakikolwiek zarzut. *De facto* dochodzi bowiem do rozszerzenia zapisów ustawowych, a nie jak twierdzi zamawiający, do ich ograniczenia.

Dodatkowo Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zwróciła uwagę, iż formuła, jaką przyjął gwarant w treści gwarancji narzuca niejako sposób sformułowania lit. c i całego poprzedzającego go zwrotu. Zgodnie bowiem z treścią gwarancji gwarant, upodmiotowiając swojego klienta (wykonawcę), na zlecenie którego działa wystawiając gwarancję, formułuje zobowiązanie w ten sposób, że wypłaci określoną kwotę, w sytuacji, kiedy wykonawca (jego klient) poinformowany o wyborze jego oferty odmówi podpisania umowy, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia, tudzież nie zawrze umowy, ponieważ stanie się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Wydaje się, że użycie przez gwaranta (tj. Bank Pekao S.A.) w treści gwarancji, zamiast formy bezosobowej, formy upodmiotowiającej wykonawcę, tj. podmiot, który zleca wystawienie gwarancji, a jednocześnie, za który gwarant udziela gwarancji, jest jak najbardziej właściwe. Trudno bowiem, zdaniem Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., ażeby, tak jak oczekuje tego zamawiający, dokonać zmiany, która byłaby nieakceptowalna z punktu poprawności językowej. Gdyby spełnić oczekiwania zamawiającego gwarant, utrzymując upodmiotowiającą formę gwarancji, musiałby posłużyć się następującym zwrotem: „Wykonawca będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności i zawarciu umowy w sprawie zamówień publicznych stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. podała, że jest świadoma treści przepisu art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp i jego niepoprawnej składni, jednakże nie oznacza to, że przedkładana przez niego gwarancja ma w swojej treści zapominać o podstawowych zasadach konstrukcji wyrażen i zdań w języku polskim, wszak zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy Pzp „Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.”.

Pobocznie Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nadmieniła, iż gwarancja, jaką posłużyła się, została przygotowana przez Bank Pekao S.A. zgodnie ze standardową treścią, jaką stosuje tenże gwarant. Pomimo, iż w ciągu roku, z uwagi na skalę prowadzonej działalności przez ten Bank wystawionych są setki takich gwarancji, a tylko na zlecenie Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w okresie od 2013 r. aż 30 gwarancji wadliwych o dokładnie takiej treści, ani razu nie zdarzyło się, aby wykonawca z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został wykluczony, a wręcz przeciwnie, oferty zabezpieczone dokładanie taką samą gwarancją wadliwą pozwalały na ich wybór jako najkorzystniejszych. Zamawiający jako pierwszy zakwestionował uznanie prawidłowości przedłożonego wzorca. Powyższy przykład dowodzi jedynie, w opinii Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., że dokonana przez zamawiającego wykładnia jest odosobniona i nie może spotkać się z aprobatą.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. stwierdziła, biorąc pod uwagę okoliczność, iż zamawiający dopuścił się naruszenia wielu przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, za w pełni uzasadnione wykonawca uznał także twierdzenie o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów.

Tym samym, jak wskazała Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., zamawiający bezpodstawnie uznał, iż należy wykluczyć wykonawcę i uznać jego ofertę za odrzuconą. W świetle powyższego, z uwagi na kształt Rozdziału XV i XVI SIWZ oferta wykonawcy powinna zostać oceniona, a stosując kryteria wyboru ofert, powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Konsekwencją powyższych działań jest wybór innego wykonawcy i dokonanie wyboru niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, co bezpośrednio godzi w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Comarch S.A,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. i w konsekwencji unieważnienia czynności uznania za odrzuconą oferty złożonej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.,
- 4) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Comarch S.A.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu i zobowiązał się wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Comarch S.A. wniosła sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Wykonawca Comarch S.A. wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie

art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wniesienia przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wymaganego wadium ze względu na to, iż gwarancja wadialna przedłożona przez tego wykonawcę nie spełnia ustawowych wymagań z jeszcze innych powodów faktycznych, niż wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. informującym o wykluczeniu Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania, a wskazanych w odwołaniu jako dodatkowe podstawy wykluczenia;

2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

3. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo iż oferta Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo iż Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie nie wykazała, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożyła żadnych dowodów, a złożone informacje potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

6. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Comarch S.A. pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pomimo że informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Comarch S.A. zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z uwagi na brak wniesienia przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wymaganego wadium ze względu na to, iż gwarancja wadialna przedłożona przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie spełnia ustawowych wymagań z jeszcze innych powodów faktycznych, niż wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. informującym o wykluczeniu Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania, a wskazanych w odwołaniu jako dodatkowe podstawy wykluczenia;
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
5. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
6. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone informacje potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Comarch S.A. pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, pomimo że informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Comarch S.A. stwierdziła, że:



- Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. powinna zostać wykluczona na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wniesienia wymaganego wadium ze względu na to, iż gwarancja wadialna przedłożona przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie spełnia ustawowych wymagań z jeszcze innych powodów faktycznych, niż wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r.;
- Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. powinna zostać również wykluczona na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- oferta Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący Comarch S.A. podniósł również, że zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Comarch S.A. pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 24 listopada 2015 r. (przesłanym faksem) zamawiający odmówił Comarch S.A. udostępniania do wglądu takiego dokumentu, ponieważ przesłane wyjaśnienia w sprawie czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały zastrzeżone przez wykonawcę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący Comarch S.A. wskazał, iż ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i domagania się odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., jak i wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na innych podstawach, niż to uczynił zamawiający. Odwołujący Comarch S.A. stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia - złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Zauważył, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, gdyż w razie skutecznego podważenia, w innym postępowaniu, decyzji o wykluczeniu Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. (zwłaszcza w drodze środków ochrony prawnej złożonych przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.), to wykonawca ten uzyskałby zamówienie, ponieważ uzyskałby największą ilość punktów według kryteriów oceny ofert. Odwołujący Comarch S.A. nie mógłby więc osiągnąć korzyści (zysku), które zamierza osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia. Comarch S.A. wskazała, na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 530/13, KIO 544/13 oraz wyrok z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 623/13, KIO 631/13. Odwołujący zaznaczył, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „za uznaniem posiadania interesu odwołującego, pomimo wyboru oferty Odwołującego, przemawia również obowiązek po stronie Zamawiającego rozpatrzenia wszystkich ofert

z uwzględnieniem obowiązujących przepisów i obligujących go do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty oraz wynikającą z nich zasadą koncentracji środka odwoławczego” (wyrok z dnia 15 maja 2012r. sygn. akt: KIO 800/12, 803/12, 804/12, 807/12).

Comarch S.A. podniosła, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. powinna zostać wykluczona na podstawie jeszcze innych powodów (z zastosowaniem jeszcze innych podstaw faktycznych i prawnych), niż wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. Ponadto, oferta Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. powinna zostać również odrzucona, a złożone przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny powinny zostać udostępnione/odtajnione.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z jeszcze innych powodów aniżeli wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. Comarch S.A. oświadczyła, że popiera czynność wykluczenia przez zamawiającego Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., w tym przytoczone podstawy faktyczne wskazujące na to, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wniosła wadium ze względu na to, iż gwarancja wadialna przedłożona przez tego wykonawcę nie spełnia ustawowych wymagań. Comarch S.A. podniosła jednak, iż istnieją jeszcze inne powody faktyczne stanowiące podstawę wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - gwarancja wadialna przedłożona przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. ma również inne wady uniemożliwiające traktowanie jej jako prawidłowe wadium.

Comarch S.A. zwróciła uwagę, że z treści gwarancji bankowej przedłożonej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wynika, że zamawiający może się z niej zaspokoić (zatrzymać wadium) w sytuacji kumulatywnego zaistnienia okoliczności wskazanych w punkcie 1) i 2): „Wykonawca

1) nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 907j.t. późn. zm.), zwanej dalej ustawą tj. będąc poinformowany o i wyborze jego Oferty w okresie jej ważności i: .

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub

c) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ stało się niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie,

2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

Jak zaznaczyła Comarch S.A., z treści gwarancji wadialnej nie wynika, że zamawiający może zażądać zapłaty w sytuacji zaistnienia tylko jednej z okoliczności określonych w punkcie 1) lub 2). Okoliczności te nie są wskazane jako alternatywne, tj. 1) lub 2) - brak również postanowienia, zgodnie z którym bank zobowiązywałby się do wypłaty w sytuacji zasinienia z którejkolwiek ze wskazanych okoliczności.

Odwołująca Comarch S.A. zwróciła uwagę, iż okoliczności, o których mowa w pkt. 2 jw. dotyczą okoliczności przed wyborem oferty, a okoliczności, o których mowa w pkt. 1 dotyczą sytuacji, gdy oferta została wybrana. Okoliczności określone w punktach 1) i 2) nigdy nie mogą równocześnie zaistnieć a zatem z przedmiotowej gwarancji wadialnej zamawiający nie ma możliwości się zaspokoić (zatrzymać wadium). Comarch S.A. powołała się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 1525/11.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Comarch S.A. wskazała, że w SIWZ w rozdziale XVII zamawiający określił „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”. Zamawiający postawił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena - waga 60% - 60 punktów
2. Termin dostarczenia elementów dokumentacji - waga 20% - 20 punktów
3. Uzgodniony poziom usługi usuwania błędów systemu, pomyłek użytkowników i udzielania konsultacji (SLA) - waga 20% - 20 punktów

W kryterium ceny zamawiający określił następujące podkryteria:

- łączna cena brutto za świadczenie usług asysty technicznej przez okres 33 miesięcy - waga 20%
- łączna cena brutto za 9000 Roboczogodzin świadczenia usług modyfikacji i rozwoju - waga 20%

- łączna cena brutto za 1300 Roboczogodzin świadczenia usługi szkoleniowej, w tym 500 Roboczogodzin na szkolenia i warsztaty oraz 800 Roboczogodzin na szkolenia dla Użytkowników Systemu - waga 5%
- łączna cena brutto za wytworzenie dokumentacji - waga 15%.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ (formularz ofertowy) wykonawcy zobowiązani zostali do podania łącznej ceny brutto wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale III SIWZ oraz w „Istotnych dla stron postanowieniach, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego” - Załącznik nr 3 do SIWZ. Z załącznika nr 3 do SIWZ wynika, iż wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia Usług Szkoleniowych oraz Usług Modyfikacji i Rozwoju w ramach limitów roboczogodzin - Zamawiający może zlecać świadczenie tych usług, ale nie jest zobowiązany do wykorzystania przysługujących mu roboczogodzin (§2 ust. 2, §7, §8 oraz §14 ust. 10-16 i inne postanowienia Załącznika nr 3 do SIWZ). W formularzu ofertowym - w ramach Usług Modyfikacji i Rozwoju oraz Usług Szkoleniowych - wykonawcy zobowiązani byli do podania ceny brutto za 1 Roboczogodzinę, a cenę całkowitą za te usługi należało wyliczyć przy założeniu maksymalnej ilości Roboczogodzin. Faktyczna ilość wykorzystania wskazanych Roboczogodzin będzie wynikać jednak z rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, wynagrodzenie z tytułu wykonywania poszczególnych Usług Modyfikacji i Rozwoju oraz Usług Szkoleniowych stanowić będzie iloczyn zleconych do wykonania Roboczogodzin oraz jednostkowej stawki za Roboczogodzinę (§14 ust. 10-16 i inne postanowienia Załącznika nr 3 do SIWZ).

Jak zauważał odwołujący Comarch S.A., Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w swojej ofercie przedstawiła cenę brutto oferty w wysokości 6 168 144,64 zł, przy czym jak wynika z formularza ofertowego:

- w ramach Usługi Modyfikacji i Rozwoju BSB oferuje cenę brutto za jedną Roboczogodzinę w wysokości 29,52 zł brutto,
- w ramach Usług Szkoleniowych BSB oferuje cenę brutto za jedną Roboczogodzinę w wysokości 45,51 zł brutto,

Comarch S.A. stwierdziła, że złożenie przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 jak i art. 15 ust. 1 pkt 1). W przekonaniu Comarch S.A., podane przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. stawki (ceny za Roboczogodziny) są stawkami poniżej kosztów, które mają na celu jedynie wykorzystanie podkryteriów oceny

ofert, uzyskanie w nich jak największej ilości punktów i wyeliminowanie innych wykonawców (nawet tych, których łączna cena jest niższa).

Comarch S.A. stwierdziła, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie mogła wykazać w wyjaśnieniach („w sprawie rażąco niskiej ceny”) prawidłowości i rzetelności swoich działań przy kalkulacji cen za Roboczogodzinę w ramach Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz w ramach Usług Szkoleniowych. Ceny te bowiem nie uwzględniają nawet pełnych kosztów zatrudnienia pracowników (wynagrodzenie oraz wszelkie ubezpieczenia społeczne i inne świadczenia, podatki jak i rezerwę na urlopy), nie mówiąc już nawet o innych kosztach, takich jak koszt zapewnienia i utrzymania środowisk informatycznych, kosztów zapewnienia i obsługi miejsca pracy dla osób, które będą realizować przedmiotowe usługi, kosztów amortyzacji środków trwałych związanych zapewnieniem i obsługą miejsca pracy (jak np. notebooki, inne składniki majątku trwałego związane z miejscem pracy), materiałów biurowych i eksploatacyjnych nie podlegających amortyzacji, zaliczanych bezpośrednio do kosztów zużycia materiałów, kosztów lokalizacji obejmujących rozliczenie całości kosztów związanych z obsługą lokalizacji, w której pracownik ma swoje stanowisko pracy (w tym media, sprzątnięcie, ochronę, wynajem, podatek od nieruchomości etc.), kosztów gwarancji, kosztów dojazdów do Zamawiającego, kosztów zdalnego dostępu, kosztów zarządzania projektem, kosztów administracyjno-biurowych, czy wreszcie kosztów spełnienia wymagań określonych w §13 wzoru umowy „Prawa autorskie i licencje”.

Jak wskazała Comarch S.A., podanie przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. cen za Roboczogodzinę na wskazanych poziomach (29,52 zł brutto w przypadku Usług Modyfikacji i Rozwoju i 45,51 zł w przypadku Usług Szkoleniowych) stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, którego celem jest uzyskania przedmiotowego zamówienia na skutek nieuprawnionych, niekonkurencyjnych praktyk prowadzących do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, czy przedsiębiorców, tych którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w przedmiotowym postępowaniu. Comarch S.A. powołała się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2814/11, KIO 2819/11.

Comarch S.A. wyraziła przypuszczenie, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. będzie twierdzić, iż koszty Usług Modyfikacji i Rozwoju i Usług Szkoleniowych zostały częściowo ujęte w innych pozycjach, ale, zdaniem Comarch S.A., brak wydzielenia realnych kosztów świadczenia tych usług Modyfikacji i Rozwoju i Usług Szkoleniowych i ich ewentualne ujęcie w kosztach innych usług, potwierdza jedynie to, na co zwraca uwagę wyrok KIO 2814/11, KIO 2819/11, tj. „brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie (prowizorycznie), a nie realnie wyceny

tych usług przyjmując wartość jednostkową tej usługi na poziomie najniższym, nierealistycznym, dającym mu większe szanse na uzyskanie mniejszego zamówienia publicznego. Takiego działania nie można - zdaniem Izby - uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, a może zwłaszcza na tym rynku, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. O takich praktykach w omawianym przypadku - zdaniem Izby - mówić nie można (...) samo stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli powyższe prowadzi bądź może tylko prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy należy uznać za wypełnienie podstaw do stwierdzenia dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, co z kolei prowadzi do odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”.

Comarch S.A. zaznaczyła, że zgodnie z przepisami o finansach publicznych jednostki sektora finansów publicznych dokonują wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków, zaś te powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem najlepszych efektów do danych nakładów. Wskazała, że zamawiający celowo wyodrębnił w postanowieniach SIWZ Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkoleniowe od pozostałych usługi w taki sposób, aby móc płacić za Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkoleniowe po ich realizacji. Comarch S.A. zwróciła uwagę, że przy wycenie usług Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkoleniowe w ramach innych usług zamawiający zmuszony byłby płacić w ramach ryczałtu także za Usługi Modyfikacji i Rozwoju oraz Usługi Szkoleniowe, mimo nie zlecenia realizacji tych usług. Takie działanie Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. jest, w ocenie Comarch S.A., również sprzeczne z ustawą z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, z której wynika, że poszczególne składniki wycenia się, stosując rzeczywiście poniesione na ich nabycie (wytworzenie), ceny (koszty) z zachowaniem zasady ostrożności.

W konsekwencji Comarch S.A. stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz zarzutu zaniechania wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Comarch S.A. argumentowała, że według wiedzy Comarch S.A., zamawiający zwrócił się do Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1

ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający otrzymał od Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wyjaśnienia, których treść nie została Comarch S.A. udostępniona i Comarch S.A. nie otrzymał do nich wglądu (odmowa zawarta jest w piśmie zamawiającego z dnia 24 listopada 2015 r.).

Odwołujący Comarch S.A. wniósł o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z udzielonych przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wyjaśnień (pisma będącego odpowiedzią na wezwanie, wraz ze wszystkimi ewentualnymi załącznikami) na okoliczność, iż w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożyła żadnych dowodów, a złożone informacje potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Comarch S.A. stwierdziła, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w rzeczywistości nie złożyła wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (z treści udzielonych wyjaśnień nie wynikają żadne istotne okoliczności dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na cenę oferty). Zdaniem Comarch S.A., nie istnieją jakiegokolwiek szczególne okoliczności dostępne dla Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. uzasadniające cenę ofertową zaoferowaną przez tego wykonawcę, w tym cenę w ramach Usługi Modyfikacji i Rozwoju BSB za jedną Roboczogodzinę w wysokości 29,52 zł brutto oraz cenę w ramach Usług Szkoleniowych za jedną Roboczogodzinę w wysokości 45,51 zł brutto. Comarch S.A. wyraziła przekonanie, że złożone przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wyjaśnienia w sprawie ceny są nierzetelne, a Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w żaden sposób nie udowodniła, że istnieją okoliczności uzasadniające taką kalkulację ceny, gdyż nie wykazała, że posiada jakieś specjalne uwarunkowania niedostępne dla innych wykonawców.

Comarch S.A. uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Comarch S.A., zamawiający naruszył również art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten w złożonym na wezwanie zamawiającego piśmie nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie złożył żadnych dowodów a złożone informacje potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Comarch S.A., zamawiający naruszył również art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Comarch S.A. wyraziła przekonanie, że Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w złożonych przez siebie wyjaśnieniach musiało niezgodnie z prawdą zapewniać o rzetelności i prawidłowości swoich cen.

Odnosząc się do zarzuty zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Comarch S.A. pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca ten podniósł, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak zauważyła Comarch S.A., zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Comarch S.A. zwróciła również uwagę na dyspozycję art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Comarch S.A. wskazała też, że z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Jak zauważyła Comarch S.A., odnośnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym



przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) – Comarch S.A. zaznaczyła, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie odwołującego Comarch S.A., dokonane przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zastrzeżenie ww. pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne - zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, jak zauważyła Comarch S.A., zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił, czym naruszył przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

W ocenie Comarch S.A., nie doszło również do wykazania spełnienia wszystkich przesłanek, o których mówi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący Comarch S.A. wniósł przy tym o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z przedłożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. pisma (odpowieź na wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) na okoliczność, iż informacje zawarte w ww. piśmie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak i Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. nie wykazała, iż informacje zawarte w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak zaznaczyła Comarch S.A. w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 2079/10, „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.”

Comarch S.A. wniosła o nakazanie zamawiającemu:

- powtórzenia czynności badania i oceny oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w związku z koniecznością wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. ze wskazaniem wszystkich powodów (z zastosowaniem wszystkich podstaw prawnych i faktycznych), zarówno tych wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2015 r. informującym o wykluczeniu Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., jak i tych dodatkowych wskazanych w odwołaniu; jak i w związku z koniecznością odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.;
- wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp;
- wykluczenia Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
- odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;
- odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
- odtajnienia (ujawnienia) pisma złożonego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny; a także nakazanie zamawiającemu, aby zawiadomił Comarch S.A. o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. pisma oraz udostępnił Comarch S.A. ww. pismo;
- powtórzenia czynności zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawiadomienia o wykluczeniu Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z podaniem pełnego zakresu uzasadnienia prawnego i faktycznego dla wykluczenia tego wykonawcy oraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego dla odrzucenia oferty Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu i zobowiązał się wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wniosła sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołania dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała przedmiotowe odwołania w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Sprawa o sygn. akt KIO 2577/15:

Izba stwierdziła, że odwołujący Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów w nich podniesionych, uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest ustalenie czy treść złożonej przez odwołującego Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. gwarancji wadialnej w pkt 1 lit. c zabezpiecza interesy zamawiającego w sposób przewidziany ustawą Pzp w art. 46 ust. 5 pkt 3.

Izba ustaliła, że złożona przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. gwarancja wadialna nr BOFH15006774GP/W z dnia 27 października 2015 r. wystawiona przez Bank PKO S.A. zawierała zobowiązanie banku do nieodwołalnego i bezwarunkowego zapłacenia zamawiającemu kwoty 100 000 zł na pierwsze pisemne żądanie zapłaty oraz pisemne oświadczenie, że wykonawca:

„1) nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 Ustawy Prawo zamówień publicznych (...), tj. będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności i :

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub
- c) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie,

2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”.

Przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest niewniesienie wadium. Przepis ten, zgodnie z orzecnictwem, obejmuje nie tylko brak wniesienia wadium, ale i sytuacje, które można uznać za równoznaczne z niewniesieniem wadium, a zatem, gdy wadium nie zostanie wniesione we właściwej, określonej przez zamawiającego wysokości, w dopuszczalnej ustawą Pzp formie, jeśli nie będzie stanowiło zabezpieczenia zamawiającego, jak też jeżeli zabezpieczenie nie będzie obejmowało wypadków wymienionych w przepisach ustawy Pzp. Istotne jest w tym przypadku faktyczne zabezpieczenie interesów zamawiającego. Co za tym idzie, nie każde uchybienie we wniesieniu wadium będzie skutkowało koniecznością wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. W każdym przypadku niezbędne jest ustalenie czy zamawiający będzie mógł z wniesionego zabezpieczenia skorzystać w sytuacjach przewidzianych przez ustawodawcę.

Po analizie spornej treści gwarancji złożonej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez odwołującego Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. Izba podzieliła stanowisko Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., że treść gwarancji w pkt 1 lit. c w żaden sposób nie zawęży uprawnień zamawiającego wynikających z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak też sądów okręgowych, ustawa Pzp nie wymaga dosłownego cytowania w treści gwarancji ustawowych przesłanek zatrzymania wadium. Istotne jest, aby z treści gwarancji możliwe było wywiedzenie uprawnień zamawiającego do zatrzymania wadium w okolicznościach określonych ustawą Pzp.

Zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Mając na uwadze dyspozycję ww. przepisu Izba stwierdziła, że niewątpliwie celem ustawodawcy ujętym w pkt 3 ww. przepisu było zabezpieczenie interesów zamawiającego w sytuacji, gdy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie będzie mogło dojść do zawarcia umowy, a zatem gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe. Ustawodawca wskazał zatem na skutek zaistnienia przyczyn, za których zaistnienie odpowiedzialny jest wykonawca.

Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., iż użyte w treści gwarancji sformułowanie „nie zawarł umowy” należy utożsamiać z wprowadzonym w ustawie Pzp określeniem „zawarcie umowy (...) stało się niemożliwe”. Niewątpliwie, zdarzenie polegające na zawarciu umowy zawsze dotyczy dwóch stron. O zawarciu umowy, jako o dwustronnej czynności prawnej, można mówić wyłącznie w sytuacji złożenia oświadczeń przez obie jej strony. Co za tym idzie, brak jest podstaw do przewidywania zaistnienia okoliczności, w których jedna ze stron zawrze umowę, druga zaś strona w tych samych okolicznościach jej nie zawrze. W tych okolicznościach skutek będzie rozciągał się na obie strony. Izba zgodziła się również z odwołującym Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o., że niemożliwość zawarcia umowy automatycznie powoduje stan niezawarcia umowy.

W przedmiotowej sprawie istotna jest również okoliczność, iż przesłanka zatrzymania wadium wskazana w pkt 1 lit. c gwarancji złożonej przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. przewiduje zatrzymanie wadium w sytuacji nie zawarcia umowy przez wykonawcę, „ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie”. Co za tym idzie, gwarancja daje zamawiającemu uprawnienie do zatrzymania wadium w przypadku, gdy zaistniał stan niemożliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy skutkujący tym, że wykonawca nie zawarł umowy. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że sporna treść gwarancji w pełni oddaje cel dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem twierdzenie o zawężeniu w treści gwarancji uprawnienia zamawiającego należy uznać za nieuprawnione. Odmienna ocena nie znajduje uzasadnienia

w treści gwarancji, ani też w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania.

Stanowisko Izby potwierdza wykładnia autentyczna dokonana przez wystawcę gwarancji Bank Pekao S.A. w piśmie z dnia 24 listopada 2015 r. Ww. oświadczenie gwaranta potwierdza jedynie to, co wynika z treści gwarancji, nie tworząc jej nowej treści.

Wskazać przy tym należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym. Jednakże formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, lecz ma na celu realizację zasad wynikających z ustawy Pzp, a głównym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie.

W tych okolicznościach za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż oferta odwołującego była prawidłowo zabezpieczona wadium. Tym samym, potwierdzenie znalazły również zarzuty naruszenia art. 24 ust. 4, art. 91 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Sprawa o sygn. akt KIO 2590/15:

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że odwołującemu Comarch S.A. nie przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania w zakresie zarzutów podniesionych wobec czynności badania i oceny ofert dokonanej przez zamawiającego. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, iż zgodnie z informacją zamawiającego z dnia 18 listopada 2015 r., oferta złożona przez odwołującego Comarch S.A. została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Izba stwierdziła, że składając odwołanie wykonawca zobowiązany jest dowieść, że posiada obiektywną, wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia potrzebę uzyskania danego rozstrzygnięcia (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11). Odwołujący musi więc wykazać, że miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub może ponieść szkodę. W ocenie Izby, nie można stwierdzić, że legitymacja odwołującego do wniesienia odwołania wynika z możliwych późniejszych zdarzeń w postępowaniu. Środki ochrony prawnej nie mogą być

bowiem narzędziem wykorzystywanym na wszelki wypadek, w odniesieniu do sytuacji, których zaistnienie jest przyszłe i niepewne. Nie służą one również zapewnieniu ogólnej zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa. Ewentualne przyszłe zmiany decyzji zamawiającego będą stanowiły nowe czynności w postępowaniu, od których odwołującemu będzie przysługiwało odwołanie.

Odrębną kategorię stanowi zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego odtajnienia pisma Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. stanowiącego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zatem co do tego zaniechania odrębnie należy rozważyć zaistnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że kwestionowane zaniechanie odtajnienia ww. dokumentu może skutkować naruszeniem interesu Comarch S.A. oraz możliwością poniesienia szkody przez tego wykonawcę. Kwestionowanie przedmiotowego zaniechania odtajnienia dokumentu może mieć wpływ na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a stawianie zarzutów wobec ww. zaniechania na kolejnym etapie postępowania może zostać uznane za spóźnione. Z uwagi na powyższe, Izba poddała zarzut ten rozpoznaniu.

W ocenie Izby, ustalenia zamawiającego co do zasadności dokonanego przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. zastrzeżenia ww. wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa zasługują na aprobatę. Izba zważyła, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z uwagi na okoliczność, iż przedmiotowe wyjaśnienia zostały objęte przez wykonawcę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały przez zamawiającego ujawnione, Izba, nie odnosząc się w sposób szczegółowy do treści wyjaśnień wskazuje w tym miejscu jedynie, że uzasadnienie utajnienia wyjaśnień

w zakresie rażąco niskiej ceny zostało przedstawione przez Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami. Izba uznała, że szczegółowe wyliczenia, opisane stosowane przez wykonawcę metodologie będące podstawą kalkulacji, czy wysokość wynagrodzeń pracowników stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć wpływ na sytuację wykonawcy na rynku. Wobec powyższego, zawarte w wyjaśnieniach informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i jako takie zasługują na ochronę. Z uwagi na powyższe, Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b oraz art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Comarch S.A.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisów uiszczonych przez wykonawców Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o. i Comarch S.A. w łącznej kwocie 30 000,00 zł oraz
- stosownie do dyspozycji § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika poniesione przez wykonawcę Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o.o.

**Przewodniczący:** .....