

Sygn. akt: KIO 2287/11

KIO 2339/11

WYROK
z dnia 8 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **31.10.2011 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **24.10.2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; Apator Rector Spółka z o.o., ul. Sulechowska 1, 65-022 Zielona Góra; TukajMapping Central Europe Spółka z o.o., ul. Odrzańska 7, 30-408 Kraków** oraz **Eurosystem S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów (sygn. akt. KIO 2287/11);**

B. w dniu **28.10.2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Sygnity S.A., Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa; KGP S.A., ul. Opolska 100, 31-323 Kraków** oraz **Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne Compass S.A., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków (sygn. akt KIO 2339/11)**

w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego **Enion S.A., ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków** w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. „Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego do Zarządzania Majątkiem Sieciowym w spółkach Enion S.A. i EnergiaPro S.A. oraz świadczenie usługi serwisu systemu” (znak sprawy ENION/DL/2/2010/U).

A.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; Integraph Polska Spółka z o.o., ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa; Proximus S.A., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice oraz MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 103, 33-100 Tarnów** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2287/11;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Sygnity S.A., Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa; KGP S.A., ul. Opolska 100, 31-323 Kraków oraz Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne Compass S.A., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2287/11;

B.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; Integraph Polska Spółka z o.o., ul. Domaniewska 52, 02-672 Warszawa; Proximus S.A., ul. Ligocka 103, 40-568 Katowice oraz MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 103, 33-100 Tarnów** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2339/11;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków, Apator Rector Spółka z o.o., ul. Sulechowska 1, 65-022 Zielona Góra, TukajMapping Central Europe Spółka z o.o., ul. Odrzańska 7, 30-408 Kraków oraz Eurosystem S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506**

Chorzów zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2339/11

orzeka:

A. uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2287/11 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

B. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2339/11;

2. Kosztami postępowania obciąża

A. w zakresie odwołania o sygn akt KIO 2287/11 Zamawiającego - Enion S.A., ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków;

B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2339/11 Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Sygnity S.A., Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa; KGP S.A., ul. Opolska 100, 31-323 Kraków oraz Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne Compass S.A., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:
 - A** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; Apator Rector Spółka z o.o., ul. Sulechowska 1, 65-022 Zielona Góra; TukajMapping Central Europe Spółka z o.o., ul. Odrzańska 7, 30-

408 Kraków oraz Eurosystem S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów (sygn. akt KIO 2287/11),

- B** wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Sygnity S.A., Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa; KGP S.A., ul. Opolska 100, 31-323 Kraków oraz Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne Compass S.A., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków (sygn. akt KIO 2339/11),**

2)

- A** dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Enion S.A., ul. Zawia 65L, 30-390 Kraków** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; Apator Rector Spółka z o.o., ul. Sulechowska 1, 65-022 Zielona Góra; TukajMapping Central Europe Spółka z o.o., ul. Odrzańska 7, 30-408 Kraków oraz Eurosystem S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- B** dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Sygnity S.A., Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa; KGP S.A., ul. Opolska 100, 31-323 Kraków oraz Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne Compass S.A., ul. J. Lea 114, 30-133 Kraków** na rzecz **Enion S.A., ul. Zawia 65L, 30-390 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 8 listopada 2011 r. w sprawie KIO 2287/11 i KIO 2339/11

Zamawiający – Enion S.A., ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn. „Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego do Zarządzania Majątkiem Sieciowym w spółkach Enion S.A. i EnergiaPro S.A. oraz świadczenie usługi serwisu systemu” (znak sprawy ENION/DL/2/2010/U).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 07.07.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu **10.07.2010 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem ogłoszenia 2010/S 132-203293.

Sygn. akt KIO 2287/11

W dniu **18.10.2011 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24.10.2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Comarch S.A.; Apator Rector Spółka z o.o.; TukajMapping Central Europe Spółka z o.o. oraz Eurosystem S.A. (zwanego w dalszej części „Konsorcjum Comarch S.A.”). W treści odwołania zostały zakwestionowane, jako niezgodne z ustawą Pzp, następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. wybór oferty konsorcjum firm: Asseco Poland S.A., Intergraph Polska Sp. z o.o., Proximus S.A. i MGGP S.A. (zwanego w dalszej części „Konsorcjum Asseco S.A.”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
2. odrzucenie oferty Konsorcjum Comarch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo iż oferta Konsorcjum Comarch nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wyboru oferty Konsorcjum Comarch jako oferty najkorzystniejszej,

4. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania dokonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Konsorcjum Comarch z dnia 9 września 2011 roku;
5. ocena ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum Comarch, pomimo iż oferta Konsorcjum Comarch nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Asseco jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Konsorcjum Asseco nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum Comarch jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Konsorcjum Comarch jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
5. naruszenie przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Konsorcjum Comarch z dnia 9 września 2011 roku.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert, w tym w szczególności unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch;
2. nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, z udziałem oferty Konsorcjum Comarch;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Konsorcjum Comarch z dnia 9 września 2011 roku;
5. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Konsorcjum Comarch jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W przypadku

uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie z wskazanymi powyżej żądaniem odwołania.

Stan faktyczny: odwołujący w dniu 5 września 2011 roku otrzymał od Zamawiającego pismo „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej”. Zamawiający informował w przedmiotowym piśmie, iż jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum Asseco, zaś oferta Konsorcjum Comarch została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy.

Odwołujący wskazał, iż nie zgadzając się z takim stanowiskiem Zamawiającego w dniu 9 września 2011 roku wniósł odwołanie, w którym wnosił między innymi o „nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Konsorcjum Comarch jako oferty najkorzystniejszej”, zaś w przypadku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego - Konsorcjum Comarch żądało od Zamawiającego dokonania konkretnych czynności. W odwołaniu Konsorcjum Comarch wykazało, iż nie zachodzi wskazana przez Zamawiającego przesłanka do odrzucenia oferty Konsorcjum Comarch, zaś w przypadku dokonania oceny oferty Konsorcjum Comarch - oferta ta zajęłaby pierwsze miejsce i musiałaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 13 września 2011 roku Zamawiający uwzględnił odwołanie. Wobec faktu, iż żaden z podmiotów uprawnionych nie przystąpił do postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 19 września 2011 roku postanowieniem o sygnaturze: KIO 1955/11 umorzyła postępowanie odwoławcze wskazując w uzasadnieniu, iż „Pismem z dnia 13 września 2011 r. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty postawione w odwołaniu”, a zatem: „na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, jaki i okoliczności, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp.”.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w dniu 13 września 2011 roku Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum Comarch do złożenia wyjaśnień dotyczących „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie serwisu opcjonalnego”. Wyjaśnienia takie Odwołujący złożył w dniu 16 września 2011 roku.

Odwołujący podniósł, iż przedmiotowe wyjaśnienia objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa i tym samym Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia oryginału pisma i załączenie go do dokumentacji postępowania. Konsorcjum Comarch nie załącza w/w pisma jako załącznika do odwołania z uwagi na obawę jego odtajnienia poprzez przesłanie przez Zamawiającego także załączników do odwołania do wszystkich uczestników postępowania. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający już w samym uzasadnieniu odrzuceniu oferty Konsorcjum Comarch dopuścił się częściowego ujawnienia

tajemnicy przedsiębiorstwa - co jest naruszeniem prawa przez Zamawiającego, zatem jego obawy są uzasadnione.

W dalszej części odwołania zostało wskazane, iż pomimo powyższych czynności Zamawiającego w dniu 18 października 2011 roku Konsorcjum Comarch otrzymało pocztą elektroniczną pismo zatytułowane „INFORMACJA O WYBORZE OFERT NAJKORZYSTNIEJSZEJ (w wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert)” (datowaną na dzień 17 października 2011 roku), w której Zamawiający ponownie odrzucił ofertę Konsorcjum Comarch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że uzasadnienie ponownego odrzucenia jest identyczne z uzasadnieniem pierwszego odrzucenia. W szczególności Zamawiający, pomimo uzyskania bardzo szczegółowych wyjaśnień w żadnym, nawet najmniejszym stopniu, nie odniósł się do treści tych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, iż gdyby Zamawiający ocenił ofertę Konsorcjum Comarch zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ - oferta Konsorcjum Comarch otrzymałaby największą ilość punktów spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu. Nawet w przypadku otrzymania minimalnej ilości punktów w innych kryteriach niż składniki cenowe - Konsorcjum Comarch otrzymałoby 89 punktów, podczas gdy Konsorcjum Asseco otrzymałoby 86,62 punktów, Konsorcjum Sygnity otrzymałoby 78 punktów, zaś konsorcjum Qumak-Sekom SA i SHH Sp. z o.o. otrzymałoby 75,40 punktów.

Podkreślić należy, iż powyższą okoliczność Zamawiający potwierdził w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 27 września 2011 roku, sygnatura: KIO 1986/11.

W uzasadnieniu w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp zostało wskazane, że Zamawiający jako uzasadnienie swojej decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum Comarch ponownie podał, iż „Konsorcjum Comarch w swojej ofercie podało cenę za opcjonalny serwis w wysokości 20 gr. Cena ta jest znacząco niższa niż ceny pozostałych oferentów”, wskazując dalej „zatem oczywiste jest, że cena ta nie pokrywa kosztów realizacji pełnego zakresu usług objętych opcją w okresie jej realizacji, tj. 24 miesięcy. Oznacza to, że w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że wykonawca nie wykona usług objętych opcją zgodnie z SIWZ, a zatem Zamawiający ma do czynienia z rażąco niską ceną w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.”.

Odwołujący wskazał, iż szczegółowe uzasadnienie zaoferowanej ceny zostało podane przez Konsorcjum Comarch w wyjaśnieniach z dnia 16 września 2011 roku. Zdaniem Odwołującego przedmiotowe wyjaśnienia w sposób pełny, zasadny i racjonalny uzasadniają zaoferowanie ceny 20 gr za świadczenie serwisu opcjonalnego. W szczególności uzasadniają one „pokrywanie kosztów” (jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu

odrzućenia oferty) świadczonej usługi. Znamienne jest, iż Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do złożonych wyjaśnień, w szczególności nie wskazał, dlaczego uznał je za niewystarczające czy też nieprzekonujące.

W ocenie Odwołującego Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż serwis opcjonalny to zamówienie dodatkowe. Podkreślić jednak należy, iż serwis opcjonalny jest jak najbardziej elementem przedmiotowego zamówienia, zaś cena za ten element zamówienia zaoferowana przez Konsorcjum Comarch mogła wynosić 20 groszy dlatego, iż serwis opcjonalny będzie poprzedzony serwisem obowiązkowym.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż Zamawiający, podając przyczyny uznania ceny 20 gr za cenę rażąco niską ze skutkiem odrzucenia oferty, zupełnie zignorował brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy cena oferty jest rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem nie dość, że cena oferty Konsorcjum Comarch w ogóle nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, to jeszcze nie jest ceną najniższą spośród cen zaoferowanych przez innych wykonawców, gdyż niższą cenę ma oferta konsorcjum firm: Sygnity SA, KPG SA, PGI Compass SA. Co więcej oferta Konsorcjum Comarch stanowi 95% średniej ceny wszystkich 4 złożonych ofert (średnia cena ofert wynosi 101.419.657 złotych, cena oferty Konsorcjum Comarch 97.030.840 złotych) oraz stanowi 93,54% ceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza (cena oferty Konsorcjum Asseco wynosi 103.723.426,47 złotych, cena oferty Konsorcjum Comarch 97.030.840 złotych).

Odwołujący wskazał, że porównując zatem cenę oferty Konsorcjum Comarch z cenami innych ofert złożonych w postępowaniu oczywistym jest, że nie zachodzą przesłanki ustawowe, które mogłyby uzasadniać stanowisko Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Comarch jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś uzasadnienie tej czynności pozostaje w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał szereg orzeczeń wskazujących, iż w ofercie Konsorcjum Comarch nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną:

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., Sygn. akt KIO/UZP 1441/07 „Wskazując na jednolitą linię orzecznictwa ZA i SO, Izba podziela pogląd, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia w jego wartość. Nie oznacza to jednak, że

każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę."

2. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07, „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Jeśli jedynym kryterium wyboru oferty jest cena, nie sposób oczekiwać od zamawiającego, by wybrał ofertę o wiele droższą, jeśli istnieje możliwość sfinansowania zamówienia za cenę niższą. Nie można zapominać, że głównym celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie prawidłowości wydawania środków publicznych a nie zapewnienie przestrzegania zasad konkurencji między przedsiębiorcami."

3. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2010 roku, sygn. akt KIO 1515/10: „Pomocnym w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż "za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, Wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi". Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. "O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

4. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę" (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). "Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe" (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). "Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości" (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0- 696/07). Tak więc, ceną rażąco niską jest ceną niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za która wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe"

5. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 maja 2010, sygn. akt: KIO/UZP/661/10: „Na początku rozważań zauważyć należy, iż ani polskie ustawodawstwo ani też dyrektywny

unijne nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. Słownik Języka Polskiego PWN opisuje przymiotnik "rażący" jako dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07)."

6. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 czerwca 2010 roku, Sygn. akt KIO 1055/10 „W . zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że o cenie rażąco niskiej nie świadczy sama różnica pomiędzy określoną ceną a innymi zaoferowanymi cenami czy wartością zamówienia (różnica ta może jedynie legitymować do przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 ust 1 Prawa zamówień publicznych, co Zamawiający uczynił), a fakt, że za tą cenę nie można należycie zrealizować usługi, ponieważ jest to cena, ogólnie mówiąc - poniżej kosztów realizacji. Zatem prawne rozumienie pojęcia „rażąco niskiej ceny” odbiega od potocznego znaczenia, które każdą cenę drastycznie odbiegającą od innych uzna za rażąco niską. Rzeczywiście cena Przystępującego odbiegała od pozostały cen zaoferowanych w postępowaniu, ale Odwołujący nie wykazał, że jest ona rażąco niska w prawnym znaczeniu.”.

Odwołujący zwraca też uwagę, iż z jednej strony Zamawiający kwestionuje możliwość świadczenia usługi za cenę 20 groszy (pomimo podania przyczyn zaoferowania takiej ceny), podczas gdy nie budzi wątpliwości Zamawiającego cena 1 (jeden) grosz za udzielenie nowych licencji w przyszłości. Zdaniem Odwołującego cena 1 grosz została przez Zamawiającego zaakceptowana - i to bez zwrócenia się o wyjaśnienia choćby w trybie art 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż została zaoferowana także przez Konsorcjum Asseco. Jednakże z punktu widzenia logiki - Zamawiający powinien albo obie ceny zaakceptować, albo też obie ceny zakwestionować.

Zdaniem Odwołującego powyższe jest przykładem, iż Zamawiający wybiórczo podchodzi do oceny ofert i nie przykładą takiej samej miary do analogicznych kwestii w nich występujących. Zamawiający kwestionuje cenę w wysokości 20 groszy, lecz jednocześnie „nie zauważa” ceny w wysokości 1 grosza. A czyni tak tylko dlatego, że musiałby postawić zarzut także wykonawcy, którego ofertę kolejny raz wybiera jako najkorzystniejszą, choć ofertą najkorzystniejszą, w ocenie Odwołującego, nie jest.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 186 ust 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 13 września 2011 roku uwzględnił w całości pierwsze odwołanie Konsorcjum Comarch, zaś Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 19 września 2011 roku wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (KIO 1955/11) wobec uwzględnienia w całości odwołania oraz nie wniesienia przystąpień do postępowania odwoławczego. Tym samym Zamawiający, zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku dokonywania powtórnej oceny ofert zobowiązany był do wyboru oferty Konsorcjum Comarch jako oferty najkorzystniejszej. Tymczasem Zamawiający zignorował zarówno swoje oświadczenie o uwzględnieniu odwołania, jak i przepis ustawy Pzp.

Na zakończenia Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11) ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku rozstrzygnięcia Zamawiającego polegającego na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Konsorcjum Comarch, a w konsekwencji - zaniechania wyboru oferty Konsorcjum Comarch jako najkorzystniejszej - Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp oferta Konsorcjum zostałaaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W dniu 04.11.2011 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe zawierające rozszerzenie argumentacji wraz z przywołaniem licznego orzecznictwa.

Na rozprawie w dniu 07.11.2011 r. Zamawiający złożył pismo z dnia 04.11.2011 r. zawierające odpowiedź na odwołanie w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając jednocześnie dodatkowe argumenty.

Sygn. akt KIO 2339/11

W dniu **18.10.2011** r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28.10.2011** r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez niezgodne z przepisami prawa wykluczenie Odwołującego się z postępowania i odrzucenie jego oferty;

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego się z postępowania wobec faktu, iż Odwołujący się nie złożył w postępowaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, wobec faktu, iż Odwołujący został niezasadnie wykluczony z postępowania;
4. art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwy wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, wobec faktu, iż to oferta Odwołującego, powinna zostać wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, iż powyższe powoduje naruszenie jego interesu gdyż złożył on w postępowaniu ofertę, która gdyby nie została bezzasadnie odrzucona w związku z niewłaściwym wykluczeniem Odwołującego z postępowania, uzyskałaby największą liczbę punktów w postępowaniu, a tym samym została by uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą a Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienia. Następnie wskazał, iż czynność Zamawiającego z dnia 18 października 2011 r. uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, tym samym został naruszony interes Odwołującego, który poprzez złożenie najkorzystniejszej oferty w postępowaniu miał faktyczną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co jednocześnie powoduje poniesienie przez Odwołującego się szkody.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności z dnia 18 października 2011 r. - wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty konsorcjum firm: Asseco Poland S.A., Proximus S.A., MGGP S.A. oraz Intergraph Polska Sp. z o. o. i nakazanie unieważnienia wykluczenia Odwołującego się z postępowania a tym samym odrzucenia oferty Odwołującego;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż w dniu 18 października 2011 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu w formie określonej w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, (wiadomość e-mail), informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert. W treści przywołanego pisma, Zamawiający wskazał, iż w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta konsorcjum Asseco Poland S.A., Proximus S.A., MGGP S.A. oraz Intergraph Polska Sp. z o. o. Zamawiający wskazał również, iż w oparciu o

art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z postępowania, w wyniku czego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucił jego ofertę.

Uzasadniając swą decyzję, co do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał, iż Odwołujący podał w toku postępowania nieprawdziwą informację, jakoby oferowana przez niego aplikacja wraz z platformą GIS spełniała wymagania postawione przez Zamawiającego w rozdziale nr 3.2.2.1. Załącznika nr 1 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający podniósł również, iż zgodnie z przywołanymi dyspozycjami SIWZ oferent zobowiązany był w postępowaniu do zaoferowania aplikacji (wraz z platformą) GIS, która spełniała będzie następujące kryteria:

- posiada własną nazwę handlową lub znak towarowy,
- jest oprogramowaniem gotowym - wytworzonym, przetestowanym, przygotowanym do zainstalowania i wdrożenia,
- jest oprogramowaniem gotowym, które zostało już wcześniej wdrożone w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym),
- jest szczegółowo opisana w gotowej dokumentacji (funkcjonalność, architektura i podręczniki użytkownika),
- zostały określone standardowe warunki licencjonowania, serwisowania i rozwoju.

Jak zostało wskazane w uzasadnieniu nadto Zamawiający wymagał, aby produktem gotowym, była co najmniej aplikacja (wraz z platformą) GIS. Następnie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wskazał, iż w związku z brakiem potwierdzenia na stronach internetowych Odwołującego, jak również stronach internetowych prowadzonych przez przedsiębiorstwa przesyłowe, działające na terytorium Rzeczypospolitej Polski, zwrócił się do wszystkich ww. przedsiębiorstw, celem potwierdzenia prawdziwości złożonych przez Odwołującego informacji. Jednocześnie Zamawiający określił, iż otrzymane przez niego dane świadczą o tym, iż Odwołujący nie posiada systemu informatycznego, spełniającego wymogi rozdziału 3.2.2.1. Załącznika nr 1 do SIWZ, a tym samym złożył w postępowaniu nieprawdziej informację, co skutkuje wykluczeniem Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący podniósł, iż nie może zgodzić się z zasadnością dokonanej przez Zamawiającego w dniu 18 października 2011 r. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczeniem Odwołującego się z postępowania, jako rażąco naruszającej przywołane w petitum niniejszego odwołania przepisy prawa.

Na wstępie niniejszego odwołania Odwołujący ponownie potwierdził, co wielokrotnie czynił już w postępowaniu przed Zamawiającym, jak i w postępowaniach prowadzonych przed Krajową Izbą Odwoławczą na skutek odwołań (uwzględnianych przez KIO, sygn. KIO 1642/11, KIO 1986/11) uprzednio wnoszonych przez Odwołującego się od niezgodnych z

przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego, iż oferowany przez Odwołującego system informatyczny wraz z platformą GIS spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności zaś w rozdziale 3.2.2.1. Załącznika nr 1 do SIWZ. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż użyta w ofercie nazwa systemu jest jedynie podkreśleniem, że Odwołujący zamierza zrealizować określony system używając określonej technologii, natomiast nie oznacza to, że wykonawca oferuje nową wersję systemu przygotowaną specjalnie dla Zamawiającego dla spełnienia wymagań SIWZ. W ramach złożonego przez Odwołującego się wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na stronie 510 (która objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego i podtrzymuje on wniosek o nieodtajnianie tej informacji), znajduje się informacja o tym, iż system ten posiada możliwość bezpośredniej obsługi określonej we wniosku technologii. Co oznacza, iż system powyższy, niezależnie od użytego i określonego tam produktu, może wykorzystywać opisywaną wyżej technologię jako jeden z elementów realizacji systemu klasy GIS.

Jak wskazał Odwołujący zważyć należy, iż należy rozróżnić pojęcie serwera bazy danych przestrzennych (platformy GIS), jakiej wymaga Zamawiający jako elementu systemu w wersji standardowej od całej technologii, jaką proponuje na rynku usług firma, której produkt wspiera system oferowany przez Odwołującego, a która nosi taką samą nazwę.

Wskazał, iż produkt ten jest bowiem technologią przetwarzania danych przestrzennych. Przywołana technologia jest wykorzystywana zarówno w dwóch wersjach bazy danych.

Serwer danych przestrzennych, istniejący jednym w produkcie jest tożsamy z serwerem danych przestrzennych zawartym w drugim z produktów. Istniejące dodatkowe elementy w poszczególnych produktach nie mają wpływu na funkcjonalność, cechy i charakter serwera danych przestrzennych. Przy czym, owe dodatkowe funkcjonalności nie mają również wpływu na sposób wdrożenia danej aplikacji na danym serwerze.

Wdrożenie danego systemu informatycznego z wykorzystaniem serwera danych przestrzennych z produktu wskazanego w ofercie nie powoduje konieczności podjęcia żadnych innych czynności, niż potrzebne byłyby do wdrożenia danego systemu informatycznego na serwerze danych przestrzennych z produktu w wersji podstawowej.

Odwołujący wskazał, iż zaoferował w ofercie złożonej w postępowaniu standardową konfigurację systemu, obejmującą wykorzystanie komponentów technologicznych producenta powiązanego produktu (serwery mapowe oraz struktury przestrzenne). Jak już bowiem wskazano w niniejszym odwołaniu użyta w ofercie Odwołującego nazwa jest jedynie podkreśleniem, że Odwołujący się zamierza zrealizować oferowany system używając ww. technologii, natomiast nie oznacza to, że Odwołujący oferuje nową wersję systemu przygotowaną specjalnie dla Zamawiającego dla spełnienia wymagań SIWZ. Zaoferowany system we wskazanej w ofercie wersji oznacza, że obsługa i prezentacja danych

przestrzennych będzie oparta na określonej technologii, która stanowi jeden z elementów realizacji systemu klasy GIS.

Powyższe oznacza, iż wdrożenie zaoferowanego systemu wykorzystujące podstawową aplikację, jako serwer danych przestrzennych, wykorzystują opisywaną wyżej technologię, która została zaoferowana jako jeden z elementów realizacji systemu klasy GIS.

Zamawiający w piśmie z dnia 17 października 2011 r., otrzymanym przez Odwołującego się w dniu 18 października 2011 r., uzasadniając swą decyzję co do wykluczenia Odwołującego się z Postępowania przywołał adresy html stron internetowych.

W dalszej części odwołania Odwołujący odniósł się do przedstawionych wraz z pismem Zamawiającego linków.

W podsumowaniu Odwołujący podniósł, iż informacje, znajdujące się w pod przywołanymi adresami html stanowią jedynie wiadomości o charakterze biznesowym bez szczegółów technicznych, zatem nie stanowią dowodu w sprawie. Zatem Odwołujący odnosi się do nich również w sposób ogólny, bez wprowadzania informacji szczegółowych stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż Zamawiający dokonał badania dotyczącego jedynie przedsiębiorców dystrybucyjnych, działających na rynku polskim - w związku z brzmieniem obowiązujących przepisów prawa, takie zawężenie badania ma charakter dyskryminacji, jest zatem zupełnie niedopuszczalne.

Przechodząc do kolejnego argumentu przytoczonego przez Zamawiającego niezbędnym Odwołujący podniósł, iż Zamawiający bez żadnych podstaw faktycznych i prawnych ogranicza pojęcie „przedsiębiorstwa energetycznego” jedynie do przedsiębiorstw spełniających wymogi Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołujący się przyznaje, iż Zamawiający na etapie składania przez oferentów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu określił specyficzną definicję branży energetycznej. Zgodnie bowiem z definicją przyjętą w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu jako branżę energetyczną rozumie się przedsiębiorstwa dystrybucyjne lub przesyłowe energii elektrycznej. Zważyć jednak należy, iż od etapu składania ofert wstępnych w dokumentach postępowania (tj. specyfikacji wstępnej, specyfikacji - SIWZ) Zamawiający w żaden sposób nie przywołał definicji szczególnej pojęcia przedsiębiorstwa energetycznego. Nie można również uznać, jakoby w dalszym toku postępowania nadal obowiązywała definicja przyjęta przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający nie zakreślił takiego rozumienia pojęcia przedsiębiorstwa energetycznego, ani w żaden inny sposób nie zakreślił co należy rozumieć pod tym pojęciem. W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, należy kierować się powszechnie przyjętymi w prawie definicjami pojęć i odnosić je do powszechnie obowiązujących przepisów, zatem w tej sytuacji stosownie do art. 3 pkt 12 w zw. z art. 3 pkt

1 i 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 ze zm.) - uznać należy, że „przedsiębiorstwo energetyczne jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii (przetworzonej w dowolnej postaci, w tym energii cieplnej w wodzie gorącej, parze lub w innych nośnikach) lub obrotu nimi". Stosownie do utrwalonego w orzecznictwie poglądu, a potwierdzonego wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2003 r. (I CK 46/2002, LexPolonica nr 405078) cyt.: „wykładnia prawa, która ignoruje wyraźne gramatyczne brzmienie przepisu, może spotkać się z uzasadnionym zarzutem wykładni contra legem albo działania będącego raczej tworzeniem prawa - niedopuszczalnym z punktu widzenia konstytucyjnej zasady podziału władz."

Sumując zatem powyższe rozważania należy podkreślić, iż zaoferowana przez Odwołującego się aplikacja (wraz z platformą GIS) spełnia wymogi SIWZ, w szczególności zakreślone w rozdziale 3.2.2.1. Załącznika nr 1 do SIWZ.

Nie zachodzą zatem podstawy do wykluczenia Odwołującego się z postępowania.

Stosowanie do art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. „W ustawie Prawo zamówień publicznych brak definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Dlatego też pojęcie „prawda” rozumieć należy tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.” - jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 12 sierpnia 2011 r. (sygn. KIO 1633/11, LexPolonica nr 2613466). Stosownie zatem do utrwalonego w doktrynie poglądu (a potwierdzonego m.in. przez S. Babiara w: Prawo zamówień publicznych Komentarz Warszawa 2010, str. 192 i n.), iż w przywołanym artykule chodzi o informacje nierzetelne, a więc niezgodne ze stanem rzeczywistym, przedstawione umyślnie w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Nie chodzi więc o przedstawienie przypadkowo bądź nieumyślnie nieprawdziwych informacji.

Zważyć nadto należy, w ocenie Odwołującego, iż obowiązkiem Zamawiającego jest udowodnienie istnienia nieprawdziwych informacji. Uprawdopodobnienie nie jest dopuszczalne. Jak bowiem podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lipca 2011 r. (sygn. KIO 1464/11, LexPolonica nr 2602503) cyt.: „Nie jest wystarczającą podstawą zastosowania sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uprawdopodobnienie złożenia nieprawdziwych informacji ani też powzięcie wątpliwości w tym zakresie”. Jak wskazał

Odwołujący Zamawiający jednak w piśmie z dnia 17 października 2011 r. otrzymanym 18 października 2011 r., wobec zupełnie nietrafnie przyjętego założenia co do nieprawdziwości informacji zawartych w ofercie Odwołującego, nie tylko nie udowodnił zasadności swej tezy, ale nawet jej nie uprawdopodobnił.

W ocenie Odwołującego podkreślenia wymaga nadto stanowisko przyjęte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 r. (sygn. KIO 1456/11, LexPolonica nr 2596741), cyt.: „O ile element złożenia nieprawdziwych informacji ma charakter obiektywny i z natury swej jest oderwany od etapu postępowania, w którym wystąpił, o tyle ocena wpływu takich informacji na wynik prowadzonego postępowania ma charakter indywidualno-konkretny i musi być prowadzona na chwilę podejmowania przez zamawiającego czynności dotyczących wykluczenia z postępowania wykonawców, z uwzględnieniem sytuacji, w jakiej znajduje się każdy z nich. W przypadku przetargu ograniczonego etapem, na którym zamawiający zobowiązany jest do ustalenia kręgu wykluczonych z postępowania wykonawców, jest ocena złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w nim, w ramach której, oprócz oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, następuje przyznawanie ocen ich spełniania.”. W przypadku zaś procedury negocjacji z ogłoszeniem, etapem takim jest wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ewentualnie złożenie ofert wstępnych. Zważyć należy, iż wybrany przez Zamawiającego tryb postępowania - tj. negocjacje z ogłoszeniem, jest postępowaniem wieloetapowym. W przypadku zaś takich postępowań, zakończenie oceny spełnienia warunków oznacza, iż nawet późniejsze zdarzenia, nie mogą zmieniać wyników poprzednich etapów postępowania. Skoro zatem Zamawiający nie miał zastrzeżeń do oferty wstępnej i zaprosił do negocjacji Odwołującego, uznał, iż oferta wstępna spełnia wymogi określone w SIWZ. Zgodnie zaś z art. 58 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Odwołującego przyjęcie odmiennego stanowiska co do możliwości zmiany decyzji, podjętej na wcześniejszym etapie postępowania, przez Zamawiającego prowadziłoby do zachwiania pewności procedury, gdyż wykonawcy, którzy pozytywnie przeszli weryfikację przedmiotową i zostali zaproszeni do złożenia oferty, nie mieliby gwarancji trwałości decyzji zamawiającego. Zważyć należy, iż ustawodawca rozgraniczył poszczególne etapy procedury negocjacji z ogłoszeniem. Jak podkreślił Zespół Arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych w orzeczeniu z dnia 08 maja 2007 r. (sygn. UZP/ZO/0-508/07, UZP/ZO/0-528/07, LexPolonica nr 2002361) cyt.: „Elementem odróżniającym ten typ postępowania m.in. od np. dialogu konkurencyjnego jest możliwość składania przez wykonawców ofert wstępnych, które mają na celu umożliwienie Zamawiającemu przygotowanie się do negocjacji oraz rozpoznanie możliwości wykonawców w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia.”.

Skoro zatem nie zachodzą podstawy do wykluczenia Odwołującego się z Postępowania brak ich również do odrzucenia oferty Odwołującego się w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do przywołanej normy prawnej zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Następnie w uzasadnieniu zostało wskazane, że Zważyć należy, iż stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Podkreślić należy niniejszym, iż ogólny charakter wskazanych zasad przejawia się w wieloaspektowym ich oddziaływaniu na postępowanie. Po pierwsze ich obowiązywanie musi być odnoszone do każdego etapu postępowania o udzielenie zamówienia. Po drugie konkretyzacja zasad następuje w przepisach regulujących poszczególne kwestie z zakresu postępowania. Wreszcie, po trzecie, stosowanie przepisów ustawy Pzp zawsze musi być odnoszone do zasad. Wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp zasada równości nakłada na Zamawiającego obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców. Z kolei zapewnienie równego udziału w postępowaniu jest nakazem prawa, realizowanym w ustawie Pzp przez zobowiązanie Zamawiającego do jednakowego podejścia do oferentów. Równe traktowanie odnosi się nie tylko aspektu formalnego postępowania ale i merytorycznego, czyli do oceny złożonej oferty według takich samych kryteriów.

Art. 7 ust. 1 Pzp wyraża również zasadę uczciwej konkurencji. Zgodnie z nią, Zamawiający ma obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Prawo nie pozwala traktować żadnego z oferentów w sposób uprzywilejowany. Zamawiający musi stawiać wszystkim oferentom jednakowe wymagania. Niedopuszczalne jest stosowanie jakichkolwiek preferencji podmiotowych. Działanie zasady uczciwej konkurencji nie może być ograniczone decyzjami Zamawiającego.

Zważyć bowiem należy, iż stosownie do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonego w wyroku z dnia 30 czerwca 2011 r. (sygn. KIO/UZP 1290/11, LexPolonica nr 2588575) cyt.: „Nie wolno oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagań zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert w siwz zawartych.”.

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający zatem, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego się, ze względu na wykluczenie Odwołującego się z postępowania, wobec rzekomego, nie udowodnionego i nawet nieuprawdopodobnionego przez Zamawiającego, podania przez Odwołującego się informacji nieprawdziwych w Postępowaniu, naruszył kardynalne zasady zamówień publicznych, określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Na rozprawie w dniu 07.11.2011 r. Zamawiający złożył pismo z dnia 04.11.2011 r. zawierające odpowiedź na odwołanie w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając jednocześnie dodatkowe argumenty. Wraz z powyższym pismem złożył dowody w postaci pism stanowiących korespondencję pomiędzy Zamawiającym a przedsiębiorstwami przesyłowymi oraz energetycznymi. Ponadto przedłożył opinię sporządzoną przez dr inż. Dariusza G. z dnia 04.11.2011 r.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2287/11 była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum Comarch S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Asseco Poland S.A.

Izba ustaliła, iż podstawą wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 2339/11 była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu wykonawcy Konsorcjum Sygnity S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Asseco Poland S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z ofertami złożonymi w postępowaniu przez Odwołujących się, po zapoznaniu się z każdym z odwołań, jak również stanowiskiem Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia

2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba wskazuje, iż z urzędu jest zobowiązana do badania spełnienia przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała, iż odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż w zakresie obu odwołań (sygn. akt KIO 2287/11 oraz KIO 2339/11) wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołujących będącą konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2287/11 Izba ustaliła, iż Odwołujący - Konsorcjum Comarch S.A. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, złożonych w toku rozprawy, w przypadku braku wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Sygnity S.A. oraz braku odrzucenia oferty wykonawcy Comarch S.A. ofertą najkorzystniejszą będzie oferta złożona przez Odwołującego Comarch S.A. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Comarch S.A. i tym samym posiada on interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody będącej wynikiem dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Izba ustaliła również, iż Odwołujący Sygnity S.A. złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, którą zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez Zamawiającego w toku rozprawy pozwala zakwalifikować tego wykonawcę na drugim miejscu w rankingu ofert – ex aequo z wykonawcą Konsorcjum Asseco Poland S.A. W odniesieniu do miejsca drugiego Zamawiający wskazał jednocześnie, iż o tym który z wykonawców (Konsorcjum Sygnity S.A. czy Konsorcjum Asseco Poland S.A.) uzyska większą ilość punktów będą w odniesieniu do miejsca drugiego w rankingu ofert decydowały kryteria uznaniowe D1, D2 oraz D4, które na tym etapie postępowania, w związku z wykluczeniem Odwołującego – Sygnity S.A. nie były dotychczas brane pod uwagę. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do przywrócenia Odwołującego do udziału w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący przystąpił po stronie Zamawiającego do odwołania o sygn. akt KIO 2287/11 wniesionego przez wykonawcę Konsorcjum Comarch S.A., którego oferta w przypadku braku jej odrzucenia zostałaby zakwalifikowana na pierwszej pozycji w rankingu ofert. Tym samym, biorąc pod uwagę

powyższe fakty Odwołującemu należy przyznać prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej. W tym wypadku również została wypełniona druga z przesłanek uregulowanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – przesłanka możliwości poniesienia szkody wskutek w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Tym samym Izba stwierdziła, iż odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Konsorcjum Comarch S.A. (KIO 2287/11) skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcy Konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz Konsorcjum Sygnity S.A.

W odniesieniu do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Konsorcjum Sygnity S.A. (KIO 2339/11) skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego, działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcy Konsorcjum Asseco Poland S.A. oraz Konsorcjum Comarch S.A.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Na wniosek Zamawiającego Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego do akt spraw odwoławczych o sygn. akt KIO 1642/11; KIO 1955/11 oraz KIO 1986/11. Izba dopuściła również dowody zawnioskowane przez strony w toku rozprawy.

Dokument w postaci opinii sporządzonej przez dr inż. Dariusza G. z dnia 04.11.2011 r. Izba uznała za stanowisko własne Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie o sygn. akt KIO 2287/11 zasługuje na uwzględnienie, zaś odwołanie o sygn. akt KIO 2339/11 nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w § 11 (prawo opcji) pkt 11.1. projektu umowy (załącznik B do SIWZ) wskazał, iż po upływie 36-cio miesięcznego okresu obowiązkowego serwisu SZMS, Zamawiający może poprzez jednostronne oświadczenie woli zobowiązać wykonawcę do świadczenia usług serwisu przez kolejne 24 miesiące, na warunkach określonych w załączniku nr 7 (prawo opcji).

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż zgodnie z rozdziałem 7 SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” zostało wskazane w pkt 7.1., że na cenę oferty składają się cena podstawowa, opłata za licencje dalsze, cena serwisu opcjonalnego oraz cena wsparcia technicznego obliczonego wg zasad omówionych poniżej. Ppkt 7.1.3. (cena serwisu opcjonalnego) wskazuje, że w cenie serwisu opcjonalnego wykonawca zobowiązany jest ująć wszystkie elementy konieczne do kompleksowego wykonania serwisu opcjonalnego opisanego w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz harmonogramie finansowo-rzeczowym określonym w Załączniku nr 4 do SIWZ. Cena serwisu opcjonalnego ma charakter ceny ryczałtowej, tj. Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie zawartej w ofercie/umowie w pozycji serwis opcjonalny. W ramach ceny ryczałtowej Wykonawca skalkuluje wszystkie produkty i działania wchodzące w zakres fazy projektu serwisu opcjonalnego. Cena serwisu opcjonalnego będzie brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej, a w szczególności do porównania i oceny ofert w ramach kryterium „Warunki gwarancji i wsparcia po wdrożeniu. Zaoferowana cena opcjonalnego serwisu musi być większa niż zero.

W dalszej części Izba ustaliła, co nie stanowiło kwestii spornej pomiędzy stronami, że Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował realizację opcjonalnego serwisu systemu za łączną kwotę 20 groszy.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 17.10.2011 r. zatytułowanym „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (w wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert)” poinformował Odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazał m.in. w uzasadnieniu powyższej czynności, że usługi objęte opcją nie stanowią części zamówienia *sensu stricte*, lecz są to świadczenia które towarzyszą zamówieniu podstawowemu, co do których na etapie wszczęcia i prowadzenia postępowania Zamawiający nie podjął jeszcze decyzji, czy będzie z nich korzystał. Wskazał, iż serwis opcjonalny został wyceniony przez Odwołującego na kwotę 20 gr., zatem jest oczywiste, że

cena ta nie pokrywa kosztów realizacji pełnego zakresu usług objętych opcją w okresie jej realizacji, tj. 24 miesięcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z postępowania ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż nie sposób uznać, że realizacja opcjonalnego serwisu systemu nie mieści się w pojęciu przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie z dnia 04.11.2011 r., że choć prawo opcji realizowane jest na podstawie umowy w sprawie zamówienia i skorzystanie z opcji nie wymaga zawarcia nowej umowy to usługi objęte opcją charakteryzują się samodzielnością, odrębnością od głównego przedmiotu zamówienia. Zamawiający powyższe argumentował tym, iż na etapie zawierania umowy w sprawie zamówienia decyzja w sprawie skorzystania z opcji nie jest jeszcze podjęta – wykonawca musi być przygotowany do realizacji opcji, ale nie wie, czy Zamawiający z opcji skorzysta.

W ocenie Izby za przedmiotową tożsamością zamówienia głównego oraz zamówienia opcjonalnego przemawia szereg okoliczności. Po pierwsze zamówienie stanowiące opcję jest realizowane w ramach tego samego postępowania co zamówienie podstawowe i w oparciu o tę samą umowę. Nie wymaga ono ani wszczęcia nowego postępowania, jak również zawarcia odrębnego kontraktu. Ustawa Pzp w zakresie opcji zawiera tylko jeden przepis odnoszący się do ustalenia wartości zamówienia. Jak wynika z art. 34 ust. 5 ustawy Pzp jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji. Tym samym powyższy przepis jednoznacznie wskazuje, iż prawo opcji zawiera się w zakresie zamówienia i zamawiający ustalając wartość zamówienia winien uwzględnić również wartość prawa opcji. Na powyższe wskazują również pośrednio art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Tym samym pomiędzy zakresem świadczenia zawartym w ofercie a zakresem świadczenia wynikającym z umowy winna zachodzić tożsamość. Powyższy zapis, przy uwzględnieniu treści art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ, należy odnieść do przedmiotu zamówienia

określonego w SIWZ i tym samym do całego zakresu świadczenia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę dokumentację przedmiotowego postępowania, w tym załącznik A do SIWZ (oferta ostateczna) należy wskazać, iż w pkt 7.1. znajdują się zapisy dotyczące ceny opcjonalnego serwisu systemu, które wskazują, iż usługa serwisu opcjonalnego jest elementem oferowanego przez wykonawców świadczenia. Powyższe wynika również z rozdziału 7 SIWZ zatytułowanego „Opis sposobu obliczenia ceny”, w którym zostało wskazane w pkt 7.1., że na cenę oferty składają się cena podstawowa, opłata za licencje dalsze, cena serwisu opcjonalnego oraz cena wsparcia technicznego obliczonego wg zasad omówionych poniżej.

Należy również wskazać, iż § 2 pkt 2.2. projektu umowy (załącznik B do SIWZ) określając poszczególne elementy przedmiotu zamówienia posługuje się zwrotem „w szczególności”, który wskazuje na otwarty katalog czynności składających się na przedmiot zamówienia. Ponadto jak wynika z § 3 (terminy realizacji umowy) pkt 3.1. lit. d) projektu umowy (załącznik B do SIWZ) opcjonalny serwis systemu będzie realizowany w okresie 24 miesięcy od zakończenia okresu obowiązkowego serwisu SZMS. Tym samym serwis opcjonalny został przewidziany w okresie obowiązywania 60-cio miesięcznej gwarancji ustalonej w § 3 (terminy realizacji umowy) pkt 3.1. lit. b) projektu umowy (załącznik B do SIWZ) – analogicznie jak okres realizacji obowiązkowego serwisu systemu.

Powyższego nie zmienia fakt, iż jak wynika z § 11 (prawo opcji) pkt 11.1. projektu umowy (załącznik B do SIWZ) po upływie 36-cio miesięcznego okresu obowiązkowego serwisu SZMS, Zamawiający może poprzez jednostronne oświadczenie woli zobowiązać wykonawcę do świadczenia usług serwisu przez kolejne 24 miesiące, na warunkach określonych w załączniku nr 7 (prawo opcji). Powyższy zapis bowiem odnosi się jedynie do kwestii regulujących formę skorzystania z prawa opcji i nie wskazuje w żaden sposób na odrębność zakresu objętego opcją od przedmiotu zamówienia.

Tym samym oceniając kwestię badania ceny rażąco niskiej należy mieć na uwadze, iż czynność związana z realizacją serwisu opcjonalnego systemu jest elementem zamówienia.

Należy również wskazać, iż prawo opcji zostało ukształtowane przez ekonomistów i jest ono prawem do dokonania pewnej transakcji w danym czasie po określonej cenie – jest ono zatem instrumentem umożliwiającym nabywcy, w tym przypadku zamawiającemu, prawo, lecz nie obowiązek, żądania od zobowiązanego, w tym przypadku wykonawcy,

spełnienia określonego świadczenia, na które opiewa opcja za określonym z góry wynagrodzeniem.

Tym samym, biorąc pod uwagę powyższe, usługa serwisu opcjonalnego mieści się w pojęciu przedmiotu zamówienia i w tym kontekście Zamawiający winien dokonać badania ceny rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym nie może traktować serwisu opcjonalnego jako odrębnego zakresu i oceniać samodzielnie zaoferowanego przez Odwołującego wynagrodzenia za ten element usługi w kontekście rażąco niskiej ceny.

Za faktem, iż nie mamy do czynienia z ceną rażąco niską w odniesieniu do przedmiotu zamówienia przemawia szereg okoliczności. Po pierwsze cena całkowita zaoferowana przez Odwołującego w ramach niniejszego postępowania nie jest ceną najniższą, nie odbiega również znacząco od cen zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców. Jak wynika z dokumentacji postępowania wykonawca Konsorcjum Comarch S.A. zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę podstawową 97.030.840,46 zł brutto (opłata za dalszą licencję 0,01 zł brutto, serwis opcjonalny 0,20 zł brutto, cena 1 roboczogodziny wsparcia technicznego 246 zł brutto); wykonawca Konsorcjum Sygnity S.A. za kwotę podstawową 94.780.725,00 zł brutto (opłata za dalszą licencję 1.230.000,00 zł brutto, serwis opcjonalny 1.746.108,00 zł brutto, cena 1 roboczogodziny wsparcia technicznego 153,75 zł brutto); wykonawca Konsorcjum Asseco S.A. za kwotę podstawową 103.724.426,47 zł brutto (opłata za dalszą licencję 0,01 zł brutto, serwis opcjonalny 7.421.820,00 zł brutto, cena 1 roboczogodziny wsparcia technicznego 246,00 zł brutto), zaś wykonawca Qumak-Sekom S.A. za kwotę podstawową 110.143.639,51 zł brutto (opłata za dalszą licencję 3.936.000,00 zł brutto, serwis opcjonalny 6.948.294,60 zł brutto, cena 1 roboczogodziny wsparcia technicznego 246,00 zł brutto). Po drugie należy wskazać, iż Zamawiający w postanowieniach odnoszących się do obliczenia ceny w odniesieniu do wysokości jej skalkulowania zawarł jedynie zapis, że zaoferowana cena opcjonalnego serwisu musi być większa od zera. Po trzecie, jak wynika z rozdziału 7 SIWZ zatytułowanego „Opis sposobu obliczenia ceny”, pkt 7.1.3. cena serwisu opcjonalnego ma charakter ceny ryczałtowej.

W odniesieniu do kwestii związanych z badaniem oferty wykonawcy pod kątem ceny rażąco niskiej na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem brak jest możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ przepis powyższy stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Takie stanowisko zostało m.in. wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 661/10, gdzie w

uzasadnieniu powyższego orzeczenia zostało wskazane, że wyjątkowo tylko przedmiotem wstępnego badania można uczynić ceny jednostkowe, jeżeli zamawiający nie określił w sposób wiążący przedmiotu zamówienia. W powyższym orzeczeniu zostało ponadto wskazane, że nie można kwestionować – jako wycenionego rażąco nisko – jednego czy kilku elementów i w konsekwencji odrzucić całą ofertę wykonawcy, w sytuacji gdy łączna cena za przedmiot zamówienia nie będzie odbiegała od cen rynkowych.

Izba wskazuje, iż powyższe wytyczne odnoszą się również do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również do ich oceny. Otóż oceniając istnienie uzasadnionych okoliczności skutkujących zastosowaniem normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie należy mieć na względzie postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Instytucja uregulowana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu ustalenie, czy oferta złożona w danym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę i tym samym, czy została wypełniona dyspozycja normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Badanie zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w kontekście rażąco niskiej ceny winno uwzględniać wytyczne zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wezwanie to zmierza do ustalenia obowiązku odrzucenia oferty w oparciu o normę prawną wyrażoną w powyższym przepisie. Zatem, w ocenie Izby, aby mówić o cenie rażąco niskiej należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W tym miejscu należy wskazać, iż zaprezentowaną na etapie rozprawy argumentację oparł na kwestiach związanych z wysokością kar umownych oraz domniemaniach związanych z należytą realizacją przedmiotu zamówienia przez Odwołującego. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż kwestie te nie mogą mieć wpływu na ocenę zasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie udowodnił i nie wykazał, iż Odwołujący nie będzie w stanie zrealizować świadczenia za zaproponowane w ofercie całkowite wynagrodzenie.

Tym samym istotne jest, czy Odwołujący jest zdolny wykonać cały przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę, nie zaś czy jest możliwe wykonanie poszczególnych czynności za zaoferowane ceny jednostkowe. Niezależnie od narzuconego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny istotnym, w kontekście podniesionego zarzutu, jest pojęcie rażąco niskiej ceny w stosunku do całego przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zatem badaniu podlega możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za łączne wynagrodzenie, którego życzy sobie wykonawca.

Jak wyżej wskazano nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że w niniejszym postępowaniu, ze względu na oddzielną wycenę dla poszczególnych elementów

zamówienia w kontekście rażąco niskiej ceny badaniu powinny być poddane ceny za poszczególne elementy zamówienia (usługę serwisu opcjonalnego).

Należy również wskazać, iż Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego w piśmie z dnia 17.10.2011 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej) nie odniósł się merytorycznie do złożonych wyjaśnień, w tym w szczególności elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał jedynie, iż usługi objęte opcją nie stanowią części zamówienia *sensu stricte*, lecz są to świadczenia które towarzyszą zamówieniu podstawowemu, co jednocześnie wskazuje, że zaoferowana cena nie pokrywa kosztów realizacji pełnego zakresu usług objętych opcją. Wskazał ponadto, iż cena ta (za serwis opcji) jest znacząco niższa od ceny pozostałych wykonawców. W ocenie Izby złożone przez Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia są wystarczające dla uznania, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdzają również, złożone w toku rozprawy, wyjaśnienia Odwołującego wskazujące jakie elementy miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób kształtuje się wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności wynagrodzenie serwisu obowiązkowego oraz opcjonalnego.

Tym samym, w ocenie Izby, brak było podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przy uwzględnieniu jednego ze składników cenotwórczych jakim jest cena opcjonalnego serwisu systemu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

II. Izba wskazuje, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, że uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powoduje, iż doszło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W ocenie Izby każdorazowo nadużycie instytucji odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania przesądza o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowanie, gdyż pozbawiona podstaw faktycznych i prawnych czynność Zamawiającego w odniesieniu do któregokolwiek z wykonawców różnicuje ich sytuację w postępowaniu w sposób nie znajdujący oparcia w przepisach ustawy Pzp. W tym miejscu na szczególną uwagę zasługuje przywołany przez Odwołującego fakt, iż w ofercie złożonej przez Przystępującego – Konsorcjum Asseco S.A. zawarte zostały również ceny zerowe oraz ceny na poziomie 1 grosza. Jednakże, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie wezwał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i nie odrzucił jego oferty ze względu na rażąco niską cenę.

III. Ponadto, biorąc pod uwagę powyższe, w odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż w przedmiotowym stanie

faktycznym wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Asseco S.A. oraz zaniechanie wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Comarch S.A. powoduje, iż powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń poczynionych w toku rozprawy ofertą najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu jest oferta złożona przez Odwołującego - Konsorcjum Comarch S.A. Powyższa okoliczność została w toku rozprawy potwierdzona zarówno przez Zamawiającego, jak również Odwołującego Konsorcjum Sygnity S.A.

IV. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Konsorcjum Comarch S.A. z dnia 09.09.2011 r. Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Należy w odniesieniu do powyższego zarzutu wskazać, iż jak wynika z treści postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1955/11 dotyczącej umorzenia postępowania odwoławczego Odwołujący – Konsorcjum Comarch S.A. w odwołaniu z dnia 09.09.2011 r. zawarł, z ostrożności procesowej, alternatywne żądanie obejmujące nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego się Konsorcjum Comarch S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający uczynił zadość powyższemu żądaniu.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż w przypadku sformułowania w odwołaniu żądań alternatywnych w zasadzie do Zamawiającego należy wybór, w jakim zakresie uwzględni alternatywne żądania, w szczególności w przypadku gdy żądania te wzajemnie się wykluczają.

W tym względzie Izba podzieliła pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2011 r. o sygn. akt KIO 1986/11, wydanego w przedmiotowym postępowaniu, gdzie zostało wskazane, iż wzywając wykonawcę Konsorcjum Comarch S.A. do złożenia wyjaśnień Zamawiający wykonał czynność zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a zatem postąpił zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 186 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp. Izba w uzasadnieniu powyższego orzeczenia wskazała ponadto, iż wzmiankowany przepis co prawda nie reguluje sytuacji, gdy żądania są sformułowane w sposób ewentualny, lecz wydaje się, że wykonanie jednego z nich czyni zadość wymogom ustawy Pzp.

Izba w niniejszym składzie wskazuje, że poszczególne czynności przedsiębrane w postępowaniu przez instytucje zamawiające są ze sobą w dużej mierze ściśle powiązane i mają charakter wynikowy. Wszakże kolejno formułowane, przez wykonawców korzystających ze środków ochrony prawnej, żądania są wynikiem wcześniej dokonanych czynności, które powodują że powtórzenie określonych czynności i uzyskany w ramach takiego powtórzenia

wynik może uniemożliwiać spełnienie kolejnych i dalej idących żądań zawartych w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu.

Izba wskazuje ponadto, iż Zamawiający dokonując czynności w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu ma dwie możliwości. Może, zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp, wykonać czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu i wówczas zaskarżenie powyższych czynności w drodze środków ochrony prawnej będzie skutkowało odrzuceniem takiego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp. Może również dokonać czynności niezgodnie z żądaniem. Wówczas czynności te będą podlegały kontroli w drodze środków ochrony prawnej i uprawniały Izbę do merytorycznego rozpoznania takiego odwołania. Izba w niniejszym składzie w pełni podziela pogląd wyrażony w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 13/11), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „W przypadku niedokonania po umorzeniu postępowania odwoławczego, przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p.), wykonawcom przysługiwały będą środki ochrony prawnej względem tego typu czynności zamawiającego”.

Izba wskazuje, że z powyższymi przepisami koresponduje norma prawna wyrażona w art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Jednakże w ramach odwołania o sygn. akt KIO 1955/11 Odwołujący formułując alternatywne żądania, nawet kierując się jedynie daleko idącą ostrożnością procesową, winien liczyć się z faktem, iż to one będą przedmiotem uwzględnienia ze strony Zamawiającego.

Tym samym Izba wskazuje, iż nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż uwzględnienie w odwołaniu o sygn. akt KIO 2287/11 naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4; art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Należy wskazać, iż Izba, będąc związana jedynie zarzutami zawartymi w odwołaniu, może uwzględnić żądania w nim zawarte jeżeli okoliczności sprawy przemawiają za takim uwzględnieniem. Biorąc pod uwagę ustalony w trakcie rozprawy stan faktyczny oraz sformułowane w odwołaniu żądania, w tym żądanie nakazania wyboru oferty Konsorcjum Comarch S.A. Izba w ramach niniejszego orzeczenia uczyniła zadość tym żądaniom.

Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę ustalenia dokonane na rozprawie, oraz kwestię związaną z łącznym rozpoznaniem odwołań o sygn. akt KIO 2287/11 oraz KIO 2339/11, przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert to oferta wykonawcy Konsorcjum Comarch S.A. jest ofertą najkorzystniejszą. Powyższe zostało potwierdzone w toku rozprawy przez Zamawiającego oraz Odwołującego Sygnity S.A. Oferta tego ostatniego znajduje się bowiem ex aequo z wykonawcą Konsorcjum Asseco Poland S.A. na drugiej pozycji. W odniesieniu do miejsca drugiego Zamawiający wskazał jednocześnie, iż o tym który z wykonawców (Konsorcjum Sygnity S.A. czy Konsorcjum Asseco Poland S.A.) uzyska większą ilość punktów będą w odniesieniu do miejsca drugiego w rankingu ofert decydowały kryteria uznaniowe D1, D2 oraz D4, które na tym etapie postępowania, w związku z wykluczeniem Odwołującego Konsorcjum Sygnity S.A. nie były dotychczas brane pod uwagę. Jednakże jak zostało wskazane przez Zamawiającego, czemu Odwołujący Konsorcjum Sygnity S.A. nie zaprzeczył, niezależnie od powyższego ofertą najkorzystniejszą jest oferta wykonawcy Konsorcjum Comarch S.A.

Zatem poprzez wynik postępowania, w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, należy rozumieć możliwość uznania danej oferty za najkorzystniejszą. Wszakże celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, którego bezpośrednim następstwem jest wybór oferty najkorzystniejszej, stanowiącym jednocześnie wynik tego postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2287/11 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Skład orzekający dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższego zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w SIWZ w Załączniku 1 (Opis Przedmiotu Zamówienia), w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej) znajdującym się na str. 188 wskazał, iż poprzez taki system rozumie: „System w wersji Standardowej, oznacza, że Wykonawca jest dostawcą wydzielonej części docelowego Systemu ZMS, który odznacza się poniżej wymienionymi cechami:

- posiada własną nazwę handlową lub znak towarowy,
- jest oprogramowaniem gotowym – wytworzonym, przetestowanym, przygotowanym do zainstalowania i wdrożenia,
- jest oprogramowaniem gotowym, które zostało już wcześniej wdrożone w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym),
- jest szczegółowo opisany w gotowej dokumentacji (funkcjonalność, architektura i podręczniki użytkownika),
- zostały określone standardowe warunki licencjonowania, serwisowania i rozwoju.

Zamawiający wymaga, aby produktem gotowym, była co najmniej aplikacja (wraz z platformą) GIS. Produkty te stanowią prototyp systemu, który powinien być dostarczony w ramach Etapu 1”.

Ponadto Zamawiający określił w rozdziale 3.2.2.2. zatytułowanym „System w wersji docelowej”, że: „System w wersji docelowej jest to system powstały na bazie systemu standardowego, który będzie efektem finalnym, po rozszerzeniach i dostosowaniach, gotowym do działania po jego odbiorze przez Zamawiającego wraz z dokumentacją i instrukcjami obsługi”.

Ponadto Izba ustaliła, iż Odwołujący w złożonej ofercie opatrzonej datą 16.06.2011 r. na str. 53 (w części opatrzonej klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”) w pkt 11 zatytułowanym „Informacje podstawowe nt rozwiązania” w tabeli 11.1 zatytułowanej „Wyszczególnienie komponentów zawartych w ofercie” w pkt 4 zatytułowanym „System GIS – edycja i analiza danych przestrzennych” wskazał w kolumnach „Nazwa handlowa” oraz „Oznaczenie/wersja” nazwę systemu z oznaczeniem jego wersji.

Ponadto w znajdującej się na str. 53 tabeli 11.2 noszącej tytuł „Główne różnice w porównaniu z oferta wstępna” w poz. 4 dla komponentu „System GIS – edycja i analiza danych przestrzennych” w kolumnie „Informacja nt zmian” Odwołujący zawarła zapis

„Doprecyzowanie”, zaś w kolumnie zatytułowanej „Powód zmian” zawarł zapis „Wskazanie konkretnego produktu”.

W związku z powyższymi oświadczeniami znajdującymi się w ofercie Odwołującego Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające kierując kolejno do Odwołującego następujące pisma:

Pismem z dnia 21 lipca 2011 roku zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

„1. Prosimy o udzielenie wyjaśnień odnośnie spełnienia przez Państwa ofertę zapisów załącznika 1 (Opis przedmiotu zamówienia), zawartych w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej). W szczególności prosimy o przedstawienie zamawiającemu listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony zaoferowany przez Państwa system (co najmniej aplikacja wraz z platformą GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych.

2. Prosimy o potwierdzenie faktu wdrożenia ww. Systemu dokumentami od klientów, u których System został wdrożony”.

W odpowiedzi odwołujący się wskazał m.in., że stosowne dokumenty, potwierdzające wiedzę i doświadczenie wykonawcy zostały przedłożone i zaakceptowane przez zamawiającego na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z kolei ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający nie wymagał ani nie wskazywał, że będzie żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających wdrożenie Systemu, w tym listy przedsiębiorstw sieciowych, w których tenże System został wdrożony. Z kolei wyjaśnienia składane na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do uzupełniania oferty o wymagane w SIWZ dokumenty, a tym bardziej o dokumenty, jakich nie wymagano w SIWZ.

Pismem z dnia 28 lipca 2011 roku zamawiający wezwał odwołującego się do:

1) przedstawienia listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony system przez niego zaoferowany (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych,

2) podania nazwisk osób zatrudnionych w przedsiębiorstwach wyszczególnionych w ramach ww. listy, mogących potwierdzić fakt wdrożenia w tych przedsiębiorstwach zaoferowanego systemu (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych.

W uzasadnieniu żądania zamawiający stwierdził, że przekazane dokumenty nie potwierdzają faktu, że zaoferowany przez odwołującego się system (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych spełnia warunki SIWZ zawarte w Załączniku 1 (Opis przedmiotu zamówienia), w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej). W szczególności z dokumentów nie wynika zgodność z warunkiem, że oferowany system został już wcześniej

wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożenie w przedsiębiorstwie energetycznym). W odpowiedzi wykonawca podtrzymał wcześniej wyrażone stanowisko.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2011 roku zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień w zakresie listy przedsiębiorstw sieciowych, w tym przedsiębiorstw energetycznych, u których został wdrożony zaoferowany system (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych. Wskazał, że w wyroku z dnia 11 sierpnia 2011 roku sygn. akt KIO 1624/11 Krajowa Izba Odwoławcza nie unieważniła czynności zamawiającego w zakresie żądania od Sygnity SA na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp tego rodzaju wyjaśnień.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2011 roku odwołujący się stwierdził, że oferowany przez niego w ofercie System spełnia kryteria określone w pkt. 3.2.2.1 Zał. Nr 1 do SIWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się, o czym poinformował w piśmie z dnia 5 września 2011 roku. Zamawiający czynność odrzucenia oferty odwołującego się uzasadnił w sposób następujący: „Jak wynika z wiedzy eksperckiej oraz informacji dostępnych publicznie, w tym informacji zawartych na stronach WWW Wykonawcy oraz innych dotyczących ww. systemu, zaoferowany przez Konsorcjum system (System GIS) wraz z serwerem danych przestrzennych, nie spełnia warunków SIWZ zawartych w Załączniku 1 (Opis przedmiotu zamówienia), w rozdz. 3.2.2.1 (System w wersji standardowej), tj. nie został wcześniej wdrożony w przedsiębiorstwach sieciowych, w tym w przedsiębiorstwie energetycznym. Potwierdza to również fakt uchylania się Konsorcjum Sygnity od udzielenia rzetelnych wyjaśnień i wskazania konkretnych przykładów gotowych wdrożeń rozwiązania analogicznego do oferowanego w niniejszym postępowaniu.

Na powyższą czynność wykonawca Konsorcjum Sygnity S.A. wniósł w dniu 15.09.2011 r. odwołanie, w ramach którego zostało wydane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w postaci wyroku z dnia 28.09.2011 r. o sygn. akt KIO 1986/11. Izba uwzględniła powyższe odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Sygnity S.A. i dokonanie ponownej oceny ofert.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 17.10.2011 r. zatytułowanym „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (w wyniku powtórzonej czynności badania i oceny ofert)” poinformował Odwołującego, iż wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż z powziętych przez niego informacji, w tym wynikających z przesłania zapytań do przedsiębiorstw sieciowych Zamawiający uzyskał informacje, z których wynika, iż oferowany przez Odwołującego produkt nie został wdrożony w żadnym przedsiębiorstwie ani w żadnym z przedsiębiorstw, na które powoływał się Odwołujący w trakcie postępowania. Wskazał, iż mając na względzie, że nieprawdziwa informacja dotyczy zgodności treści oferty z SIWZ, a więc czynnika, który decyduje o

odrzuconiu lub braku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informacja ta może mieć wpływ na wynik postępowania. Następnie Zamawiający wskazał, iż w związku z powyższym konieczne jest wykluczenie Odwołującego z postępowania i tym samym w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania ze względu na złożenia przez tego ostatniego nieprawdziwych informacji i w konsekwencji zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ze względu na odrzucenie oferty Odwołującego Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku tegoż postępowania złożone zostały, przez tychże wykonawców, nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Następnie należy również wskazać, iż instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o normę prawną wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niesie za sobą daleko idące konsekwencje polegające na wyeliminowaniu wykonawcy z udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zostać spełnione łącznie kilka przesłanek:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Izba wskazuje, iż ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. W niniejszym stanie faktycznym istotą sporu jest okoliczność, czy Zamawiający na podstawie ustalonego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanu faktycznego, będącego wynikiem prowadzonego

postępowania wyjaśniającego oraz samodzielnego gromadzenia informacji, uprawniony był do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W tym wypadku ciężar udowodnienia, iż została wypełniona hipoteza normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie spoczywa każdorazowo na Zamawiającym. To Zamawiający wywodzi skutki prawne z dokonanej przez siebie czynności. Konieczność udowodnienia spełnienia przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania winna nastąpić na etapie badania wniosków lub ofert składanych w postępowaniu. Powyższa okoliczność, ze względu na jej wagę i możliwe daleko idące konsekwencje, nie może być przedmiotem domniemań, jak również być wynikiem braku dysponowania kompleksową wiedzą o faktach mogących mieć wpływ na zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż określony w załączniku nr 1 do SIWZ w pozycji 3.2.2.1. wymóg jest wymogiem przedmiotowym, tj. wymogiem odnoszącym się do przedmiotu zamówienia i tym samym do zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Na podstawie tego wymogu Zamawiający ocenia, czy zaoferowany przez Odwołującego system spełnia jego wymagania, a tym samym czy treść oferty tego wykonawcy jest zgodna z treścią SIWZ. Jednakże Zamawiający w odniesieniu do powyższego wymogu nie żądał od wykonawców żadnych dokumentów poza oświadczeniem własnym wykonawcy. Powyższe należy uznać za fakt bezsporny. Należy w tym miejscu wskazać, iż zgodnie z dyspozycją § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) mógł wymagać ich przedłożenia, gdyż katalog wskazany w powyższym przepisie jest katalogiem otwartym. Jednakże Zamawiający z tej możliwości nie skorzystał w niniejszym postępowaniu. Zatem w niniejszym stanie faktycznym jedynym dopuszczalnym, z formalnego punktu widzenia, sposobem potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia wymogu zawartego w pkt 3.2.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ była treść złożonej przez wykonawcę w postępowaniu oferty zawierająca oświadczenia własne wykonawcy. Na powyższe wskazał Zamawiający przedstawiając na str. 7 odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 04.11.2011 r.) pozycje oferty Odwołującego, gdzie zostały przez niego złożone w ofercie stosowne oświadczenia w tym zakresie. Ponadto Zamawiający na str. 7 powyższego pisma odniósł się do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 27.07.2011 r. i 31.08.2011 r. oraz odwołania z dnia 01.08.2011 r., gdzie znalazły się oświadczenia Odwołującego odnoszące się do spełnienia

wymogu z pkt 3.2.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ. Tożsame elementy zostały przywołane w piśmie Zamawiającego z dnia 17.10.2011 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej). Należy zatem stwierdzić, iż Odwołujący wymóg Zamawiającego wyrażony w treści SIWZ spełnił składając stosowne oświadczenia. Jeżeli Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, co do ich prawdziwości mógł podjąć w tym zakresie stosowne działania, co też miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający, celem wykazania ziszczenia się hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winien wykazać dowody potwierdzające, że stan faktyczny kształtuje się odmiennie od treści oświadczenia złożonego przez Odwołującego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ta okoliczność jest tym samym przedmiotem oceny przez Izbę w kontekście postawionego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. konieczne jest ustalenie, czy zgromadzony przez Zamawiającego materiał dowodowy potwierdza w sposób jednoznaczny, iż złożone przez Odwołującego oświadczenie jest niezgodne z prawdą. Jest to wynikiem faktu, iż ocena dokonane czynności, która w tym wypadku jest zastosowanie instytucji wykluczenia z postępowania, następuje przy uwzględnieniu ustalonych przez Zamawiającego okoliczności faktycznych.

Izba nie odmawia Zamawiającemu prawa do wszczęcia z własnej inicjatywy oraz we własnym zakresie postępowania wyjaśniającego służącego weryfikacji złożonych przez wykonawcę w toku postępowania oświadczeń oraz przedstawionych na etapie postępowania dokumentów. Zamawiający w niektórych przypadkach jest nie tylko uprawniony, ale zobligowany do wyjaśnienia powstałych wątpliwości. Powyższe może być konsekwencją uzyskania przez Zamawiającego informacji ze źródeł zewnętrznych, które ze względu na ich możliwy wpływ na los postępowania będą wymagały weryfikacji.

Jednakże Izba wskazuje, iż podstawowym źródłem informacji dotyczących przedmiotu zamówienia i posiadanych przez niego właściwości winna być oferta składana w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający poprzez brak innego, poza oświadczeniem własnym wykonawcy, potwierdzenia spełnienia wymogu zawartego w pkt 3.2.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ *de facto* pozbawił się możliwości weryfikacji rzetelności składanych przez wykonawców oświadczeń w tym zakresie. W tym zakresie w zasadzie za wystarczające należy uznać samo oświadczenie wiedzy wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym Zamawiający, celem weryfikacji złożonego w postępowaniu oświadczenia, podjął samodzielnie działania zmierzające do uzyskania informacji poza prowadzonym postępowaniem opierając się na wiedzy podmiotów trzecich. W tym miejscu należy wskazać, iż czynność ta niesie ze sobą znaczne trudności oraz duże ryzyko. Trudno

jest wszakże założyć, iż Zamawiający jest w stanie dokonać samodzielnej analizy rynku celem sprawdzenia, czy zaoferowany przez wykonawcę system spełnia wymagania postawione w pkt 3.2.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ. Wszakże wskazane w powyższym postanowieniu wymagania w przeważającej części są wymaganiami nieweryfikowalnymi w oparciu o powszechnie dostępną wiedzę, nawet wiedzę ekspercką. Posiadanie przez system własnej nazwy handlowej lub znaku towarowego, kwestie związane z opisaniem systemu w gotowej dokumentacji oraz ustalenie dla niego standardowych warunków licencjonowania, serwisowania i rozwoju są wiadomościami trudnymi do weryfikacji bez udziału podmiotu zainteresowanego ich wyjawieniem. Należy wskazać, iż najpełniejszą wiedzę odnośnie określonego systemu informatycznego posiada jego wytwórca i wiedzę tą nie zawsze ma wolę się dzielić z innymi podmiotami.

Poza sporem prawnym, pomiędzy Stronami postępowania odwoławczego, mamy w niniejszym przypadku również do czynienia z rozległym sporem co do faktów, który ma najistotniejsze znaczenie. Istotą tego sporu jest co do zasady fakt, czy zaoferowany przez wykonawcę system jest oprogramowaniem gotowym, które zostało już wcześniej wdrożone w przedsiębiorstwach sieciowych (w tym wdrożone w przedsiębiorstwie energetycznym). W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż Zamawiający opierając się w postępowaniu jedynie na samych oświadczeniach wykonawców znacznie utrudnił sobie możliwość sprawdzenia i weryfikacji prawdziwości oświadczeń złożonych przez wykonawców w tym zakresie. W tym miejscu należy również wskazać, iż Zamawiający poczynił starania zmierzające do weryfikacji złożonego przez Odwołującego w tym zakresie oświadczenia wszczynając postępowanie wyjaśniające i kierując do szeregu przedsiębiorstw sieciowych oraz energetycznych zapytania dotyczące wdrożenia systemu.

Jednakże istota sporu pomiędzy stronami ma znacznie szerszy wymiar. Izba wskazuje również na zasygnalizowane przez Odwołującego w toku rozprawy problemy interpretacyjne związane z oceną oświadczenia zawartego w ofercie na str. 53 oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, że oświadczenia te odnoszą się nie tyle do określonej nazwy własnej produktu, lecz do produktu opartego na określonej technologii. Powyższy argument jest, w ocenie Izby, o tyle istotny, że zaoferowany przez Odwołującego system wykorzystuje produkty (systemy oraz technologie) zewnętrznego dostawcy systemów informatycznych. Powyższe potwierdza dodatkowo złożone przez Odwołującego, jako dowód w trakcie części niejawniej rozprawy, pismo z dnia 24.10.2011 r. (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) producenta technologii wykorzystywanych w systemach oferowanych przez Odwołującego, w tym w systemie zaoferowanym w niniejszym postępowaniu. Z pisma powyższego wynika, iż oparcie oferowanego przez Odwołującego systemu odnosi się nie tyle do określonego produktu, lecz określonej technologii. Oba wskazane tam produkty opierają się o tożsamą technologię, i jak zostało wskazane w powyższym piśmie owe dodatkowe funkcjonalności

(różniące oba produkty) nie mają wpływu na sposób wdrożenia danej aplikacji na tymże serwerze (serwerze danych przestrzennych). Powyższe wyjaśnienia dostawcy tej technologii można, w ocenie Izby, odnieść do podniesionych w toku rozprawy przez Zamawiającego obaw, że zaoferowany przez Odwołującego system będzie wymagał dodatkowego testowania. Powyższe kwestie zostały również podniesione przez Zamawiającego w na str. 3 przedłożonej opinii z dnia 04.11.2011 r. sporządzonej przez dr inż. Dariusz G.

Należy w tym miejscu wskazać, iż Zamawiający celem usunięcia możliwych rozbieżności w rozumieniu sposobu konfiguracji zaoferowanego przez Odwołującego systemu mógł zwrócić się o dodatkowe wyjaśnienia dotyczące samego systemu i użytych w jego ramach technologii oraz rozwiązań informatycznych. Zaniechanie powyższej czynności może mieć przełożenie na ocenę, czy pojęcie użyte na str. 53 oferty Odwołującego należy rozumieć jako odniesienie wersji systemu do określonego produktu, z którym będzie on współpracował lub, który stanowić będzie jego element, czy też określonej technologii odnoszącej się do oferowanego systemu, przy użyciu której zaoferowany system spełni określone funkcjonalności. Trudno wszakże przyjąć założenie, iż istniejący produkt (będący wytworem i własnością innego podmiotu, objęty chronioną nazwą handlową, stanowiący przedmiot ochrony autorskiej) przez samo użycie jego elementów lub technologii do konfiguracji systemu oferowanego przez Odwołującego uprawnia tego ostatniego do nazwania swojego autorskiego produktu nazwą stanowiącą własność podmiotu trzeciego. Należy w tym miejscu wskazać, iż użycie nazwy określonego produktu lub określonej technologii wskazywać może jedynie na fakt, iż oferowany przez Odwołującego system opiera swoją architekturę na określonej technologii i nie stanowi kolejnej wersji istniejącego systemu. Oparcie istniejącego i wdrożonego systemu informatycznego na innym produkcie lub technologii niekoniecznie musi powodować utratę jego tożsamości z już funkcjonującymi na rynku wersjami. Wszakże spór pomiędzy stronami odnosi się do powiązania systemu oferowanego przez Odwołującego z innym systemem tego samego producenta. Ponadto, jak wynika z dowodu złożonego przez Odwołującego w postaci pisma producenta z dnia 24.10.2011 r. wskazana przez Odwołującego technologia wykorzystywana jest w dwóch produktach, które Strony postępowania odwoławczego uznają za zupełnie odmienne.

Jak wynika z powyższego, na co słusznie wskazał Odwołujący, spór pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym może mieć swoje źródło w odmiennym rozumieniu znaczenia, wskazanej na str. 53 oferty Odwołującego w powiązaniu z oferowanym przez tego ostatniego własnym systemem, nazwy innego produktu stanowiącego rozwiązanie autorskie podmiotu trzeciego. Tym samym wskazanie, iż wersja oferowanego produktu odnosi się do innego produktu niż dotychczas wdrożone niekoniecznie musi przesądzać o braku tożsamości pomiędzy produktem zaoferowanym a dotychczas wdrożonymi, jeżeli produktem powiązany jest produkt tego samego producenta wykorzystujący tę samą technologię.

Na kwestię zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazywać może również sposób przeprowadzenia przez Zamawiającego weryfikacji złożonych oświadczeń. Nie sposób bowiem uznać, iż przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości przesądza o fakcie złożenia przez Odwołującego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji. Na powyższe może wskazywać fakt, iż nie sposób jest założyć, że Zamawiający skierował zapytania do wszystkich podmiotów, dla których ewentualne wdrożenie wskazanego przez Odwołującego systemu mogłoby potwierdzać spełnienie kwestionowanego przez Zamawiającego warunku przedmiotowego. Niepozbawionym znaczenia jest bowiem fakt, iż wraz z pismem z dnia 04.11.2011 r. zawierającym odpowiedź Zamawiającego na odwołanie znajdują się załączniki w postaci pism przedsiębiorstw energetycznych i sieciowych, które odmówiły odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie powołując się na wiążące ich zapisy umowne odnoszące się do ochrony informacji poufnych (pismo stanowiące załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie z dnia 04.11.2011 r.).

Kolejnym faktem mającym istotne znaczenie dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest okoliczność odmiennej interpretacji postanowień warunku przedmiotowego wskazanego w pkt 3.2.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ. Na powyższe wskazywał Odwołujący w odwołaniu, jak również w toku rozprawy podnosząc, iż pomiędzy Zamawiającym a wnoszącym odwołanie istnieją rozbieżności co do rozumienia znaczenia pojęcia „przedsiębiorstwo energetyczne” oraz „przedsiębiorstwo przesyłowe”. Bezspornym jest, iż na potrzeby tego warunku przedmiotowego Zamawiający nie stworzył definicji tychże pojęć. Zamawiający podniósł jednak argument, przy poparciu Przystępującego wykonawcy Konsorcjum Asseco S.A., że pojęcie to zostało zdefiniowane w ogłoszeniu o zamówieniu i winno być stosowane na etapie oceny i badania ofert. W tym zakresie Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego. Otóż, co słusznie zauważył Odwołujący, iż w ogłoszeniu o zamówieniu znajduje się na str. 7 definicja „branży energetycznej”, które jest pojęciem odmiennym od użytych w pkt 3.2.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ pojęć „przedsiębiorstwa sieciowego” oraz „przedsiębiorstwa energetycznego”. Ponadto należy wskazać, iż pojęcia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu zwarte zostały na potrzeby oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym znaczeniu mają one zastosowanie. Jak wskazał w toku rozprawy Odwołujący powyższe ma znaczenie w odniesieniu do kręgu podmiotów do których zwrócił się Zamawiający prowadząc postępowanie wyjaśniające. W tym zakresie Izba uznała za zasadny argument, iż powyższa rozbieżność może powodować, że Zamawiający nie objął wyjaśnieniami wszystkich podmiotów, dla których systemy takie mogłyby zostać zrealizowane.

Za istotny Izba uznała również, przedstawiony przez Odwołującego list referencyjny z dnia 27.10.2011 r., z którego treści wynika fakt wdrożenia dla jednego z przedsiębiorstw energetyki ciepłej systemu odpowiadającego systemowi zaoferowanemu przez Odwołującego w ofercie. W odniesieniu do powyższe dowodu odniósł się Zamawiający wskazując, iż z dokumentu tego wynika, że przedmiotem wdrożenia był inny system niż zaoferowany przez Odwołującego. Izba wskazuje, że list referencyjny z dnia 27.10.2011 r. nie budzi wątpliwości swą treścią, został jednoznacznie sformułowany i odnosi się do przetwarzania danych przestrzennych w serwerze danych przestrzennych w oparciu o wskazaną w ofercie Odwołującego technologię. Wskazany przez Zamawiającego dowód przeciwny w postaci pisma stanowiącego załącznik nr 17 do odpowiedzi na odwołanie z dnia 04.11.2011 r. odnosi się jedynie do zakupionych licencji i rodzaju przetwarzanych danych. Nie uwzględnia on jednak technologii przetwarzania danych przestrzennych.

Należy również wskazać, iż analiza korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a przedsiębiorstwami energetycznymi zawiera również pytania zawierające proponowaną treść odpowiedzi, co w ramach oceny przez Izbę dowodów zaprezentowanych przez Zamawiającego poddaje w wątpliwość ich wiarygodność (pismo stanowiące załącznik nr 13 do odpowiedzi na odwołanie z dnia 04.11.2011 r.).

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał w sposób jednoznaczny podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania ze względu na przedstawienie nieprawdziwych informacji. Zamawiający nie udowodnił, iż informacje w postaci oświadczeń wiedzy Odwołującego są informacjami nieprawdziwymi.

Na powyższe ma wpływ szereg okoliczności, w tym niejednoznaczne rozumienie znaczenia pojęcia użytego w pkt 3.2.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ i odmienne rozumienie przez Odwołującego i Zamawiającego znaczenia zawartego na str. 53 oferty Odwołującego pojęcia wersji dla zaoferowanego systemu GIS (edycja i analiza danych przestrzennych). Powyższe wskazuje, iż trudno jest zarzucić w tym przypadku Odwołującego złożenie na etapie postępowania nieprawdziwych informacji. Z nieprawdziwą informacją mamy do czynienia w przypadku, gdy okoliczności faktyczne do których się ona odnosi nie mogą być przedmiotem wykładni lub interpretacji. W przedmiotowym stanie faktycznym to czy zaoferowany system oparty został o określoną technologię, czy też odnosi się do określonego produktu może być odmiennie rozumiane i tym samym odnosić może zupełnie odmienne skutki.

W tym wypadku Izba wskazuje, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności jeżeli zaistniała wątpliwość może przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Powyższy pogląd jest reprezentowany powszechnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie dowodowe wykazało bowiem, iż podjęcie decyzji o wykluczeniu Odwołującego

z postępowania oparte mogło zostać na niepełnym stanie faktycznym ustalonym w oparciu o niejednoznacznie sprecyzowane postanowienia SIWZ oraz w oparciu o treść oferty Odwołującego, która w istotnym dla czynności Zamawiającego zakresie nie została dostatecznie sprecyzowana.

Biorąc pod uwagę powyższe brak jest jednoznacznych dowodów dla uznania, iż Odwołujący składając oświadczenie, iż zaoferowany system spełnia wymagania zawarte w pkt 3.2.2.1. załącznika nr 1 do SIWZ złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdził się.

II. Izba wskazuje, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, że uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp powoduje, iż doszło do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W ocenie Izby każdorazowo nadużycie instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania przesądza o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowanie, gdyż pozbawiona podstaw faktycznych czynność Zamawiającego w odniesieniu do któregośkolwiek z wykonawców różnicuje ich sytuację w postępowaniu w sposób nie znajdujący oparcia w przepisach ustawy Pzp.

III. W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. W tym miejscu należy wskazać, iż Odwołujący powyższy zarzut powiązał z faktem zaniechania przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Jednakże, biorąc pod uwagę uwzględnienie odwołania o sygn. akt KIO 2287/11 oferta najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu jest oferta złożona przez Konsorcjum Comarch S.A. Powyższa okoliczność został w toku rozprawy potwierdzona zarówno przez Zamawiającego, jak również Odwołującego Konsorcjum Sygnity S.A. Tym samym brak jest podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia przez Zamawiającego w stosunku do Odwołującego powyższego przepisu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż uwzględnienie w odwołaniu o sygn. akt KIO 2339/11 zarzutu odnoszącego się do art. 24 ust. 2 pkt 3; art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W tym wypadku

poprzez wynik postępowania należy rozumieć możliwość wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba wskazuje, iż w ramach wspólnego rozpoznania spraw doszło do uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 2287/11 i w związku z powyższym w oparciu o kryteria oceny ofert to oferta wykonawcy Konsorcjum Comarch S.A. jest ofertą najkorzystniejszą. Powyższe zostało potwierdzone w toku rozprawy przez Zamawiającego oraz Odwołującego Sygnity S.A. Oferta tego ostatniego znajduje się bowiem ex aequo z wykonawcą Konsorcjum Asseco Poland S.A. na drugiej pozycji W odniesieniu do miejsca drugiego Zamawiający wskazał jednocześnie, iż o tym który z wykonawców (Konsorcjum Sygnity S.A. czy Konsorcjum Asseco Poland S.A.) uzyska większą ilość punktów będą w odniesieniu do miejsca drugiego w rankingu ofert decydowały kryteria uznaniowe D1, D2 oraz D4, które na tym etapie postępowania, w związku z wykluczeniem Konsorcjum Sygnity S.A. nie były dotychczas brane po uwagę. Jednakże jak zostało wskazane przez Zamawiającego, czemu Odwołujący Konsorcjum Sygnity S.A. nie zaprzeczył, niezależnie od powyższego ofertą najkorzystniejszą jest oferta wykonawcy Comarch S.A.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2339/11 orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Przewodniczący:

.....