

Sygn. akt: KIO 1240/13; KIO 1246/13, KIO 1248/13

**WYROK**

**z dnia 14 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Przemysław Dzierzędzki  
**Członkowie:** Dagmara Gałczewska-Romek  
Magdalena Grabarczyk  
**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 24 maja 2013r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Globema sp. z o.o. w Warszawie i ASTEC sp. z o.o. w Zielonej Górze** (sygn. akt KIO 1240/13),
  - B. w dniu 24 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Geomar S.A. w Szczecinie oraz Digpro Solutions AB w Sztokholmie, Szwecja** (sygn. akt KIO 1246/13),
  - C. w dniu 24 maja 2013r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sygnity S.A. w Warszawie i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu** (sygn. akt KIO 1248/13)
- 
- A. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Globema sp. z o.o. w Warszawie i ASTEC sp. z o.o. w Zielonej Górze**, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1246/13 i KIO 1248/13 po stronie zamawiającego,
  - B. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Geomar S.A. w Szczecinie oraz Digpro Solutions AB w Sztokholmie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 po stronie odwołującego oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1248/13 po stronie zamawiającego,
  - C. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sygnity S.A. w Warszawie i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 po stronie odwołującego oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1246/13 po stronie zamawiającego,
  - D. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATREM S.A. w Złotnikach i Neokart GIS sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie

do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13 i KIO 1248/13 po stronie zamawiającego,

- E. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Intergraph Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Intergraph CS s.r.o., i Intergraph SG&I Deutschland GmbH**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 po stronie odwołującego oraz w sprawach o sygn. akt KIO 1246/13 i KIO 1248/13 po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. w Poznaniu**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATREM S.A. w Złotnikach i Neokart GIS sp. z o.o. w Warszawie**, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1246/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert złożonych przez:
  - a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATREM S.A. w Złotnikach i Neokart GIS sp. z o.o. w Warszawie**,
  - b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie, Intergraph CS s.r.o., i Intergraph SG&I Deutschland GmbH**,
  - c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s.**z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
3. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1248/13 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert złożonych przez:
  - a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ATREM S.A. w Złotnikach i Neokart GIS sp. z o.o. w Warszawie**,

- b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Intergraph Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Intergraph CS s.r.o., i Intergraph SG&I Deutschland GmbH,**
- c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s.,**
- z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
4. kosztami wszystkich postępowań odwoławczych obciąża **Wielkopolską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. w Poznaniu** i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45.000 zł 00 gr** (słownie: czterdziestu pięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Globema sp. z o.o. w Warszawie i ASTEC sp. z o.o. w Zielonej Górze,** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Geomar S.A. w Szczecinie oraz Digpro Solutions AB w Sztokholmie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sygnity S.A. w Warszawie i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisów od odwołań, po 15.000 zł 00 gr przez każdego z odwołujących,
- 4.2. zasądza od **Wielkopolskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Globema sp. z o.o. w Warszawie i ASTEC sp. z o.o. w Zielonej Górze** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4.3. zasądza od **Wielkopolskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Geomar S.A. w Szczecinie oraz Digpro Solutions AB w Sztokholmie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4.4. zasądza od **Wielkopolskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sygnity S.A. w Warszawie i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wielkopolska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. w Poznaniu prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa, wdrożenie i uruchomienie produkcyjne w jednostkach Zamawiającego informatycznego Systemu Zarządzania Majątkiem klasy GIS”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 września 2012 r., nr 2012/S 171-283072.

W dniu 15 maja 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- a) Globema sp. z o.o. w Warszawie i ASCTEC sp. z o.o. w Zielonej Górze, zwanych dalej „odwołującym Globema”,
- b) Geomar S.A. w Szczecinie i Digpro Solutions AB w Sztokholmie, Szwecja, zwanych dalej „odwołującym Geomar”,
- c) Sygnity S.A. w Warszawie i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu, zwanych dalej „odwołującym Sygnity”

- o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ATREM S.A. w Złotnikach i Neokart GIS sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej „przystępującym Atrem”.

W dniu 24 maja 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołujący Globema, odwołujący Geomar, odwołujący Sygnity. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 1240/13, sygn. akt KIO 1246/13, sygn. akt KIO 1248/13.

#### **KIO 1240/13**

Odwołujący Globema wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności badania i oceny oferty złożonej przez przystępującego Atrem,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Atrem pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz pomimo że przystępujący Atrem nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta przystępującego Atrem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący Globema zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Atrem pomimo że przystępujący Atrem nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, względnie dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta przystępującego Atrem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. 2003 nr 153 poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Atrem pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Globema wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynność wyboru oferty złożonej przez przystępującego Atrem jako najkorzystniejszej,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;
- c) wykonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Atrem z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- d) dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący Globema argumentował, że Zamawiający przyjął dwa odrębne kryteria dotyczące ceny, tj. (pkt 10.3. SIWZ), tj. cena za realizację całości przedmiotu zamówienia w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancję i ATiK świadczony w okresie gwarancji - o wadze 70% oraz cena za 12-miesięczny ATiK po okresie gwarancji - o wadze 25%. Nie zostało przewidziane kryterium oceny ofert: całkowita cena oferty brutto, a zatem w świetle kryteriów oceny ofert nie miała ona znaczenia. Z powyższym korespondowały odpowiednio, przywołane przez odwołującego Globema postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ. W świetle powyższego wywiódł on, że pełni zasadnym jest odnoszenie pojęcia rażąco niskiej ceny nie do ceny całkowitej oferty brutto (ceny ryczałtowej), lecz do osobnych cen oferowanych przez wykonawców za odrębne od siebie zakresowo czynności.

Zatem zaoferowanie przez przystępującego Atrem ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia w wysokości ponad 4,5 krotnie niższej od drugiej najkorzystniejszej oferty za realizację całości przedmiotu zamówienia, złożonej przez odwołującego Globema, zasadnie wzbudziło wątpliwości zamawiającego, który działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał tego wykonawcę pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r., znak GPZ.03-721-25(72)/12 do złożenia stosownych wyjaśnień. Wskazał, że przystępujący Atrem nie kwestionował treści wezwania w drodze środków ochrony prawnej. Zamawiający wzywając przystępującego Atrem do wyjaśnień wyraźnie wskazał, że oczekuje złożenia szczegółowych kalkulacji ceny oferty oraz poddał w wątpliwość cenę zaoferowaną przez tego wykonawcę za realizację całości przedmiotu zamówienia, tj. kwotę łączną za poz. 1 i 2 tabeli nr 4 w formularzu oferty ostatecznej. Wskazał też, że wyjaśnienie wątpliwości powinno nastąpić w szczególności poprzez złożenie kalkulacji, a zatem przez wskazanie w jaki sposób zostały obliczone koszty ww. elementów.

Odwołujący Globema podniósł, że wyjaśnienia przystępującego Atrem z 8 maja 2013 r. nie zawierają wyjaśnień szeregu elementów cenotwórczych, nie zawierają również szczegółowych kalkulacji cenowych. Na pierwszych czterech stronach wykonawca prowadzi polemikę z zamawiającym, a więc nie odpowiada na wezwanie.

W dalszej części pisma przystępujący Atrem wskazał jednak tylko dwa takie elementy, tj.:

- dostawę licencji na oprogramowanie stanowiące podstawę Systemu Zarządzania Majątkiem klasy GIS,
- wdrożenie Systemu Zarządzania Majątkiem klasy GIS, i tylko w ich zakresie zawarło w swoim piśmie jakiegokolwiek wyjaśnienia.

Natomiast w żaden sposób przystępujący Atrem nie odniósł się do takich elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia, jak:

- szkolenia, wycenione w poz. 1 tabeli 2 formularza oferty ostatecznej na 40.000 zł netto;
- ATIK systemu (Platformy GIS i Aplikacji) w okresie wdrożenia i gwarancji, wycenione w poz. 2 tabeli 2 formularza oferty ostatecznej na 100.000 zł netto.

Ze złożonych wyjaśnień w żaden sposób nie wynika w jaki sposób i na jakiej podstawie przystępujący Atrem skalkulował ceny za ww. elementy zamówienia na takim, a nie innym poziomie.

Odwołujący Globema wskazał również, że w wezwaniu skierowanym do przystępującego Atrem zamawiający wyraźnie zażądał wyjaśnienia w zakresie kosztu roboczogodziny i ilości przewidywalnych roboczogodzin z uwzględnieniem ilości osób biorących udział w realizacji zamówienia ze strony wykonawcy wskazanych na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego Globema, w złożonych wyjaśnieniach przystępujący Atrem nie uczyniło zadość powyższemu wezwaniu, gdyż nie wskazał ani kosztu roboczogodziny, ani ilości przewidywalnych roboczogodzin dla ww. osób. Jedyna konkretna informacja dotycząca kosztów pracy personelu wskazanego na etapie składania wniosków sprowadzała się do wskazania, że koszty zatrudnienia dedykowanego zespołu wynoszą 107 900 złotych, która to kwota wynika z odjęcia do pozostałych kosztów wdrożenia (wynoszących 497 900 złotych netto) kosztów skanowania (wynoszących 150 000 złotych) oraz kosztów wprowadzania danych z dokumentacji (wynoszących 240 000 złotych). Jednocześnie przystępujący Atrem wskazał, że zasadniczą część wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia ww. osoby otrzymają w formie premii zadaniowej za wykonanie z sukcesem całości projektu (tj. po 4 latach), zatem niewielki koszt funkcjonowania zespołu wykonawca poniesie na etapie wdrożenia. Odnosząc się do powyższego przede wszystkim odwołujący podniósł, że przystępujący Atrem nie udzielił zamawiającemu wyraźnie wymaganej przez niego informacji co do ilości przewidywalnych roboczogodzin dla ww. osób. Nie określił ile będą wynosić premie zadaniowe, informacji o wysokości premii nie ma również na str. 8 wyjaśnień, gdzie wskazano, że koszt premii wliczony został do ceny za 12- miesięczny ATiK po okresie gwarancji. Wobec braku powyższych informacji wskazanie w wyjaśnieniach na kwotę 107 900 złotych jako na koszt zatrudnienia dedykowanego zespołu było dla zamawiającego nieprzydatne, nie pozwalało bowiem w żaden sposób na ustalenie ile wynosi stawka za roboczogodzinę pracy danej osoby i tym samym na ocenę, czy stawka ta ma charakter rynkowy. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia zawierają szereg ogólnikowych stwierdzeń, w których przystępujący Atrem odwołuje się ogólnie na pewne okoliczności, jednakże nie wskazuje w jaki sposób te okoliczności mogły wpłynąć na oferowaną przez wykonawcę cenę.

Tym samym wyjaśnienia złożone przez przystępującego Atrem nie dość, że nie zawierają informacji wprost żądanych w wezwaniu, to zawierają wiele bardzo ogólnych, niewiele wnoszących do sprawy stwierdzeń.

Odwołujący Globema podniósł, że nawet jeżeli pismo przystępującego Atrem z dnia 08 maja 2013 r. można było uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, to ocena tych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym lakoniczność wyjaśnień, które co do wielu elementów kosztotwórczych nie zawierają praktycznie żadnych informacji. Nie wyjaśniono skąd wzięły się ceny za licencje oprogramowania własnego i podmiotów trzecich oraz na jakim poziomie ustalono zostały koszty wynagrodzenia pracowników, nie udzielono praktycznie żadnych informacji co do pozostałych kosztów, niezbędnych w celu realizacji zamówienia.



Co do drugiego elementu cenotwórczego, tj. kosztu wdrożenia Systemu Zarządzania Majątkiem klasy GIS, odwołujący Globema wywiódł, iż poważne zastrzeżenia budzi koszt roboczogodziny przyjęty przez przystępującego Atrem na poziomie 8 zł brutto. Z wyjaśnień złożonych przez przystępującego Atrem wynika, że przy skanowaniu dokumentacji oraz wprowadzaniu danych z dokumentacji zamierza posłużyć się pracownikami, których można efektywnie zatrudnić za średnią stawkę roboczogodziny w wysokości 8 zł brutto, tj.:

- a) studentami,
- b) pracownikami tymczasowymi i sezonowymi,
- c) pracownikami operacyjnymi.

Zamiar posłużenia się przez pracownikami ma zasadnicze znaczenie dla kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący Globema przywołał przepisy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i wywiódł, że stawki przyjęte przez przystępującego Atrem są niższe niż stawki niezbędne dla zapewnienia pracownikom choćby minimalnego wynagrodzenia za pracę. Nie jest żadnym usprawiedliwieniem dla przyjętych stawek godzinowych wskazanie przez przystępującego Atrem, iż wynagrodzenie osób zgłoszonych do pełnienia funkcji odpowiednich koordynatorów zostanie wypłacone w formie premii zadaniowych po całkowitym wykonaniu przedmiotu zamówienia, tj. po 4 latach. Przywołał przepis art. 7 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Odwołujący Globema wywiódł również, że zgodnie z SIWZ w ramach realizacji przedmiotu zamówienia trzeba będzie pozyskać dane z 30 różnych lokalizacji, co pociągnie za sobą koszty delegacji i przejazdów. Wskazana w wyjaśnieniach łączna liczba 48.750 godzin (stanowiąca sumę 18.750 godzin przewidzianych na skanowanie oraz 30.000 godzin przewidzianych na pozyskanie i wprowadzenie danych do systemu) daje 6.090 dni roboczych. Przy założeniu, że tylko połowa z nich zostanie przepracowana u zamawiającego, koszty samych delegacji wyniosą: 3045 dni x 30 PLN (koszt delegacji) = 91.350 zł. Do tak obliczonej kwoty należy jeszcze doliczyć koszty przejazdów. Tymczasem, jak wynika z wyjaśnień ceny, kalkulując cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia przystępujący Atrem nie uwzględnił kosztów delegacji ani kosztów przejazdów.

Zdaniem odwołującego Globema przystępujący Atrem nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów przygotowania i wdrożenia do pracy niewykwalifikowanego personelu, kosztów zarządzania projektem, kosztów zakładowych, w szczególności administracji, telekomunikacji, ubezpieczeń, materiałów. Przystępujący nie uwzględnił również tego, że w trakcie realizacji zamówienia część pracowników zachoruje a część skorzysta z urlopu, co pociągnie za sobą określone koszty.

Powołując się na wyjaśnienia przystępującego odwołujący podniósł, że pozostała kwota 107 900 złotych została już zagospodarowana i nie może zostać przeznaczona na pokrycie wskazanych powyżej różnych kosztów. Ponadto oprócz skanowania i pozyskiwania

danych wybrany wykonawca winien wykonać jeszcze prace wymienione w pkt 2.1. – 2.11 SIWZ.

Odwołujący Globema argumentował ponadto, że na cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia składa się również cena za ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) w okresie wdrożenia i gwarancji. W przypadku oferty przystępującego Atrem cena ta została skalkulowana na poziomie 100.000 zł netto, co jest kwotą nierealną, całkowicie oderwaną od rynkowych cen za usługę ATiK w żądanym przez zamawiającego zakresie i poziomie. Przystępujący Atrem w żaden sposób nie odniósł się do powyższej ceny. Odwołujący wskazał na rażące dysproporcje pomiędzy ceną za ATiK Systemu (platformy GIS i Aplikacji) w okresie wdrożenia i gwarancji, wynoszącą 100.000 zł netto, a ceną za ATiK systemu (platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji wynoszącą miesięcznie dla całego systemu 630.000 zł netto, a rocznie 7.560.000 zł netto. Tymczasem zakres usług i dostaw składających się na ATiK nie został w SIWZ w żaden sposób zróżnicowany w zależności od etapu realizacji zamówienia, i jest identyczny w okresie wdrożenia i gwarancji jak i po upływie gwarancji. Powyższe wynika z treści pkt 20 Załącznika nr 1 do SIWZ. Trzeba również podkreślić, że wyceniony na 100.000 zł netto ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) trwać będzie faktycznie ponad rok, tj. w okresie wdrożenia (ATiK dla poszczególnych instalacji w RDG już wdrożonych) oraz w okresie pierwszych 12 miesięcy po zakończeniu wdrożenia w ramach gwarancji i wynagrodzenia za wdrożenie Systemu, natomiast mający identyczny zakres ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji, wyceniony na wielokrotnie wyższą kwotę, tj. na 7.560.000 zł netto, świadczony będzie krócej, tj. tylko przez rok. Tak rażącej dysproporcji cen za ten sam zakres usług i dostaw nie da się wytłumaczyć w inny sposób niż przerzuceniem przez przystępującego Atrem faktycznych kosztów świadczenia ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) w okresie wdrożenia i gwarancji do ceny za ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji.

Odwołujący powołując się na fragment wyjaśnień (str. 8), w którym przystępujący Atrem wskazał, że do ceny za 12-miesięczny ATiK po okresie gwarancji wliczyło:

- 1) koszt ATiK ze strony Wykonawcy po upływie gwarancji,
- 2) koszt premii zadaniowych za wykonanie przedmiotu zamówienia,
- 3) koszt rezerw na ryzyka związane z realizacją zamówienia np. z bardzo wysokimi karami,
- 4) koszty finansowe (kredyty, gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe),
- 5) odnowienie bazy sprzętowej,
- 6) zysk (marża brutto) - 18% ceny netto oferty wykonawcy.

Elementy wskazane w pkt od 2) do 5) nie mają żadnego związku z ATiK, a ponadto powinny zostać uwzględnione w cenie za realizację całości przedmiotu zamówienia, gdyż to właśnie tej części przedmiotu zamówienia dotyczą. Ich pominięcie w cenie za realizację

całości przedmiotu zamówienia dowodzi, że cena ta nie została skalkulowana prawidłowo, gdyż nie uwzględnia i nie pozwala na pokrycie kosztów, które przystępujący Atrem będzie musiał ponieść realizując tą część przedmiotu zamówienia. Analogicznie rzecz się ma z zyskiem, który został uwzględniony wyłącznie w cenie za 12-miesięczny ATiK po okresie gwarancji, nie ma go natomiast w ogóle w cenie za realizację całości przedmiotu zamówienia.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący Globema podniósł, że zachowanie przystępującego Atrem wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy zku. Zaniżenie ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia ma na celu zwycięstwo w postępowaniu przetargowym i wyeliminowanie pozostałych wykonawców z rynku. Zaniżenie ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia do poziomu niewystępującego w innych ofertach pozwoliło przystępującemu Atrem zdobyć maksymalną liczbę punktów, tj. 70 pkt w ramach kryterium dotyczącego ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia i w rezultacie doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Przystępujący Atrem, w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, zaoferował cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia w wysokości 784.624,38 zł złotych brutto wyłącznie po to, aby uzyskać w sposób bezprawny przewagę konkurencyjną. Na rynku nie są bowiem oferowane choćby zbliżone ceny za usługi i dostawy składające się na ww. część przedmiotu zamówienia, o czym najlepiej świadczy poziom cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie. Zachowanie to miało na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Ze względu na najniższą możliwą cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia w ramach kryterium dotyczącego tej ceny uzyskał on maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają nikłą ilość punktów. W tej sytuacji przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostały pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a przystępujący Atrem, które nie oferował zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, może uzyskać zamówienie publiczne. działanie Konsorcjum Atrem naruszało interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy skalkulowali swoje wynagrodzenie za realizację całości przedmiotu zamówienia w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wykonaniem tej części zamówienia, nie był w stanie konkurować z przystępującym Atrem.

Odwołujący wskazał na olbrzymią, kilkudziesięciokrotną różnicę pomiędzy ceną za ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) w okresie wdrożenia i gwarancji a ceną za ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji. Zakres usług i dostaw składających się na ATiK nie został w SIWZ w żaden sposób zróżnicowany w zależności od etapu realizacji zamówienia, jak i że wyceniony na 100.000 zł netto ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) trwać będzie ponad rok, natomiast mający identyczny zakres ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji, wyceniony na wielokrotnie wyższą kwotę, tj. na 7.560.000 zł netto, świadczony będzie krócej, tj. tylko przez rok. A zatem tak rażącej dysproporcji cen za ten sam zakres usług i dostaw nie da się wytłumaczyć w inny sposób niż przeliczeniem przez przystępującego Atrem faktycznych kosztów świadczenia ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) w okresie wdrożenia i gwarancji do ceny za ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji.

Wywiódł, że oferta przystępującego Atrem uzyskała w ramach kryterium ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia aż 70 pkt, podczas gdy druga w kolejności najkorzystniejsza oferta (złożona przez odwołującego) otrzymała 14,98 pkt. Taka rozbieżność sprawiła, że oferta przystępującego Atrem uzyskała wyższą pozycję od oferty odwołującego w rankingu ofert, pomimo iż całkowita wartość oferty odwołującego (stanowiąca sumę ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia oraz ceny za 12-miesięczny ATiK po okresie gwarancji) jest niższa od całkowitej wartości oferty przystępującego Atrem o ponad 3.760.000 zł brutto. Oferta przystępującego Atrem zajmuje dwie skrajne pozycje: cena za 12-miesięczny ATiK po okresie gwarancji, jaką zaoferował jest najwyższa, natomiast cena za realizację całości przedmiotu zamówienia jest najniższa.

### **KIO 1246/13**

Odwołujący Geomar wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego Atrem,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego Atrem,
- 3) zaniechania czynności polegającej na odrzuceniu ofert złożonych przez:
  - a) przystępującego Atrem S.A.,
  - b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intergraph Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Intergraph CS s.r.o., i Intergraph SG&I Deutschland GmbH, zwanych dalej „przystępującym Intergraph”,

- c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie i SHH Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanych dalej „przystępującym Sygnity”,
- d) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s.,
- e) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Globema Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ASTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Zielone Górze, zwanych dalej „przystępującym Globema”.

Odwołujący Geomar zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czynny nieuczciwej konkurencji oraz zawierających rażąco niską cenę, tj. ofert złożonych przez:
  - a) przystępującego Atrem,
  - b) przystępującego Intergraph,
  - c) przystępującego Sygnity,
  - d) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s.,
  - e) przystępującego Globema,
- 3) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób niezgodny z tym przepisem,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania za najkorzystniejszą oferty najtańszej i spełniającej wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Atrem, mimo iż złożona przez niego oferta nie jest zabezpieczona wadium wystawionym na wszystkie podmioty występujące wspólnie,
- 6) innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia.

Odwołujący Geomar wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia ofert złożonych przez:
  - a) przystępującego Atrem,
  - b) przystępującego Intergraph,

- c) przystępującego Sygnity,
- d) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s.,
- e) przystępującego Globema,

Odwołujący Geomar argumentował, iż w postępowaniu doszło do manipulacji przez wykonawców zaproponowanymi cenami za poszczególne usługi w ramach realizacji umowy, co w efekcie doprowadziło do kuriozalnej sytuacji, w której za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez przystępującego Atrem, które zaproponowało:

- 1) cenę za realizację całości zamówienia w wysokości 637 900,00 zł, przy czym cenę licencji określiło na 6,00 zł,
- 2) cenę za utrzymanie wdrożonego systemu po okresie gwarancji na kwotę 7 560 006,00 zł, co łącznie dało kwotę 8 197 906,00 zł.

Natomiast odwołujący Geomar zaproponował następujące ceny:

- 1) cenę za realizację całości zamówienia w wysokości 4 310 600,00 zł, przy czym cena za licencje wyniosła 891 200,00 zł,
- 2) cenę za utrzymanie wdrożonego systemu po okresie gwarancji na kwotę 267.000 zł, co łącznie dało kwotę 4 577 600,00 zł.

Dzięki manipulacji kryteriami za najkorzystniejszą została uznana oferta o prawie 4 mln zł droższa od oferty odwołującego. Odwołujący, powołując się na tabelę załączoną do odwołania wskazał, że wykonawcy wykorzystali wskazany przez zamawiającego w SIWZ podział wag podkryteriów, aby przerzucić ciężar ceny za realizację całego de facto zamówienia na to podkryterium, które pozwalało stracić jak najmniej punktów. Takie działania zarówno ze strony wykonawców, jak i zamawiającego, który zaniechał odrzucenia takich ofert są sprzeczne z podstawową zasadą zamówień publicznych, tj. zasadą prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący Geomar wywiódł, że zamawiający zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Zatem pojęcie „oferty najkorzystniejszej” należy odnosić do całości oferty, a nie do jej poszczególnych składników. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu doszło do sytuacji, w której zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę o ponad 4 mln (w sumie)

droższą tylko dlatego, że poszczególne składniki cenotwórcze były tak skalkulowane, aby sprawiać wrażenie „korzystności” oferty.

Odwołujący Geomar podniósł również, że w dniu 22 maja 2013 r. zamawiający przedstawił mu na jego wniosek informacje w jaki sposób została oszacowana wartość przedmiotowego zamówienia. Z informacji tej wynika, jakie powinny być proporcje cen ofertowych, ponieważ zamawiający zwrócił się do potencjalnych oferentów, z których znakomita większość złożyła oferty w tym postępowaniu, jednakże złożone przez nich oferty diametralnie odbiegały od kalkulacji przedstawionych na potrzeby szacowania przez zamawiającego (oprócz oferty odwołującego Geomar). Zdaniem odwołującego Geomar, jako rażący przykład takiego nieuczciwego działania stanowi działanie przystępującego Atrem, którego oferta została skalkulowana na kwotę 637 900,00 zł, a razem z rocznym utrzymaniem systemu wyniosła 8.197.906,00 zł, podczas gdy na potrzeby szacowania wartości przez zamawiającego (gdy spółka nie wiedziała jeszcze jaki będzie podział wag kryteriów) jako cenę za dostawę systemu wraz z wdrożeniem podano kwotę 3-4,5 mln, a łączną kwotę wykonania zamówienia na ok. 8 mln zł.

Odwołujący Geomar wywiódł, że podstawowym elementem oferty są:

- a) licencje na oprogramowanie systemu GIS i Aplikacji,
- b) koszty wdrożenia i ATiK w trakcie wdrożenia i okresie gwarancji,
- c) ATiK na 1 rok w okresie pogwarancyjnym.

Co do pierwszego elementu, wartość licencji zależy głównie od polityki ekonomicznej firmy - twórcy lub właściciela oprogramowania i jest trudna do oceny chociaż w przypadku zamawiającego każde standardowe oprogramowanie musi być dostosowane do szczegółowych wymagań WSG i zintegrowane z istniejącymi u Zamawiającego systemami czyli potrzebne są tu koszty programistów, które Odwołujący szacuje na ok. 1000 roboczogodzin.

Koszty wdrożenia są podstawowym kosztem w budowie systemów GIS. W praktyce międzynarodowej przyjmuje się, że koszty wdrożenia wynoszą ok. 80-90% kosztów całego systemu. Podstawowym kosztem jest tu pozyskanie danych o sieci i pozostałych elementach infrastruktury zamawiającego. W przypadku zamawiającego wykonawca musi przetworzyć ok. 350.000 arkuszy map obejmujących cały obszar działania zamawiającego i na ich podstawie oraz innych materiałów źródłowych pozyskać usytuowanie sieci gazowych - 16 tys. km linii oraz 360 tys. przyłączy. Następnie na podstawie materiałów archiwalnych zamawiającego - ok. 9 000 000 stron pozyskać atrybuty opisowe dla każdego obiektu. Wg szacunków odwołującego Geomar są to prace, które szacuje on na ok. 150.000 godz. + koszt skanowania 9 mln stron dokumentacji.

Koszty licencji mogą być podobne dla firmy o zasięgu powiatowym czy ponadregionalnym (zależne wyłącznie od ilości stanowisk) i są całkowicie niezależne od kosztów pozyskania danych (wdrożenia). Również z tych samych powodów wartości ATiK nie można wiązać z kosztami wdrożenia gdyż dotyczy on w praktyce:

- poprawności funkcjonowania systemu (oprogramowania),
- drobnych prac rozwojowych i konserwacyjnych,
- szkoleń bieżących.

Przedstawił porównanie udziału poszczególnych kosztów w poszczególnych ofertach w załączniku nr 4 do odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę wywiódł, iż odrzucone winny zostać oferty złożone przez:

- a) przystępującego Atrem,
- b) przystępującego Intergraph,
- c) przystępującego Sygnity,
- d) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s.,
- e) przystępującego Globema.

Odwołujący przedstawił zestawienie zgodnie z którym:

- 1) oferta nr 1 wykonawców Asseco Poland S.A., Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s., z ceną ofertową: 20 988 486,00 zł netto, w tym cena razem za realizację całości przedmiotu zamówienia: 20 988 474,00 zł netto, cena za 12 miesięczny ATiK po okresie gwarancji: **12,00 zł netto**,
- 2) oferta nr 2 wykonawców MGGP S.A. i MEGABIT Sp. z o.o., z ceną ofertową: 9 161 446,00 zł netto, w tym cena razem za realizację całości przedmiotu zamówienia: 9 077 446,00 zł netto, cena za 12 miesięczny ATiK po okresie gwarancji: **84 000,00 zł netto**,
- 3) oferta nr 4 przystępującego Atrem z ceną ofertową: 8 197 906,00 zł netto, w tym cena razem za realizację całości przedmiotu zamówienia: **637 906.00 zł netto**, cena za 12 miesięczny ATiK po okresie gwarancji: 7 560 000,00 zł netto,
- 4) oferta nr 5 przystępującego Globema ceną ofertową: 5 140 000,00 zł netto, w tym cena razem za realizację całości przedmiotu zamówienia: 2 980 000,00 zł netto, cena za 12 miesięczny ATiK po okresie gwarancji: **2 160 000,00 zł netto**,
- 5) oferta nr 7 przystępującego Intergraph, z ceną ofertową: 7 729 376,00 zł netto, w tym cena razem za realizację całości przedmiotu zamówienia: 7 729 375,88 zł netto, cena za 12 miesięczny ATiK po okresie gwarancji: **0,12 zł netto**,
- 6) oferta nr 8 przystępującego Sygnity z ceną ofertową: 7 950 000,00 zł netto, w tym cena razem za realizację całości przedmiotu zamówienia: 7 937 400,00 zł netto, cena za 12 miesięczny ATiK po okresie gwarancji: **12 600,00 zł netto**.



Odwołujący Geomar podniósł, że zamawiający nieprawidłowo ocenił złożone mu wyjaśnienia. Z wyjaśnień złożonych przez przystępującego Atrem należy wyprowadzić wniosek, że:

- 1) podmiot zewnętrzny dostarczający licencje Platformy GIS Esri Polska sp. z o.o. sprzedając licencje za 1,00 zł zakłada, że właściwe wynagrodzenie za licencje otrzyma w postaci ATiK,
- 2) koszty związane z wytworzeniem oprogramowania nie powinny być jeszcze zdyskontowane, ponieważ:
  - przypadku Aplikacji - licencje wyprodukowane przez Atrem SA - nie mamy wiedzy, aby taka Aplikacja funkcjonowała na rynku,
  - w przypadku platformy GIS - licencje wyprodukowane przez Esri powinny zawierać nowe produkty.

Ponadto, zdaniem odwołującego Geomar, z dalszego fragmentu wyjaśnień można wyprowadzić wniosek, iż:

- a) przystępujący Atrem zamierza przeznaczyć 38.750 roboczogodzin na czynności związane ze skanowaniem i wprowadzaniem danych, podczas gdy z zakresu pracy jaki jest przeznaczony do wykonania w ramach wdrożenia systemu zasadnym jest przyjęcie co najmniej 200.000 roboczogodzin,
- b) wynagrodzenie 8,00 zł brutto za 1 roboczogodzinę jest niespotykane, a poza tym trudno oprzeć wykonanie wyspecjalizowanych czynności realizowanych przez 24 miesiące na: studentach i „poprzez angaż pracowników tymczasowych i sezonowych”,
- c) część wynagrodzenia za skanowanie i wprowadzanie danych przystępujący Atrem zamierza wypłacić z pieniędzy otrzymanych od zamawiającego po 4 latach za ATiK (Asysta Techniczna i Konserwacja) - czyli zapłaci za pieniądze otrzymane z innego tytułu niż „skanowanie i wprowadzanie danych”.

Ponadto z fragmentu na ostatniej stronie wyjaśnień przystępującego Atrem wynika, że wykonawca ten w wynagrodzeniu za ATiK ujął koszty które, nie wchodzi w zakres ATiK. Punkt 2 i 5 to koszty wdrożenia, czyli „skanowanie i wprowadzanie danych”, a nie ATiK, zaś punkt 3, 4 i 6 odnoszą się do całości zamówienia, a więc zarówno realizacji jak i ATiK, więc umieszczenie ich w całości po stronie ATiK w ofercie jest niezasadne.

W ostatniej części odwołania odwołujący Geomar podniósł, iż gwarancja bankowa stanowiąca dowód wniesienia przez przystępującego Atrem wadium została wystawiona na zlecenie ATREM S.A. i zabezpiecza wyłącznie ofertę tego wykonawcy. Nie jest wykluczone co prawda w przypadku wykonawców występujących wspólnie, aby zlecenie wystawienia gwarancji złożył jeden z wykonawców, jednakże z jej treści powinno wyraźnie wynikać, że

zabezpiecza ona ofertę złożoną wspólnie. Oznacza to, że zamawiający winien wykluczyć przystępującego Atrem z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

### **KIO 1248/13**

Odwołujący Sygnity wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonych przez

- a) przystępującego Atrem,
- b) przystępującego Intergraph,
- c) przystępującego Globema,
- d) przystępującego Geomar,
- e) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s.,

Odwołujący Sygnity zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niezależnie w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Atrem, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niezależnie w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Intergraph, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Globema podczas, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Geomar, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niezależnie w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., Asseco Central Europe a.s. i Asseco BERIT GmbH, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona,
- 6) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., Asseco Central Europe

a.s. i Asseco BERIT GmbH, podczas gdy wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo, iż został przez zamawiającego wezwany do ich złożenia, a następnie sam oczekiwał od zamawiającego skonkretyzowania pytań, czego zamawiający zaniechał,

7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców..

Odwołujący Sygnity wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu, w szczególności zaś zarzutów dotyczących ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz ofert niezgodnych z treścią SIWZ,
- 4) odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., Asseco Central Europa a.s. i Asseco BERIT GmbH z uwagi na nie złożenie na wezwanie zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, względnie ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny za usługę ATiK po okresie gwarancji z uszczegółowieniem zakresu pytań zgodnie z wnioskiem tego wykonawcy,
- 5) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący Sygnity argumentował, iż oferta przystępującego Atrem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz niezależnie w związku z 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przywołał postanowienia § 4 ust. 1 wzoru umowy co do konieczności ujęcia w wynagrodzeniu określonych tam elementów. Wywodził, że przystępujący Atrem zaoferował zamawiającemu:

- a) licencje Platformy GIS dla 120 użytkowników edycyjnych,
- b) licencje Aplikacji dla 120 użytkowników edycyjnych,
- c) licencje Platformy GIS dla 400 użytkowników końcowych,
- d) licencje Aplikacji dla 400 użytkowników końcowych,
- e) licencje Platformy GIS dla 6 administratorów,
- f) licencje Aplikacji dla 6 administratorów

każda w cenie 1 zł netto, łącznie oferując licencje w cenie 6 zł netto.

Przywołał złożone przez przystępującego Atrem wyjaśnienia odnośnie elementów ceny w zakresie oferowanych licencji, w których wykonawca ten wskazał, że licencje Platformy GIS wycenione zostały zgodnie z ofertą podmiotu trzeciego (Esri Polska Sp. z

o.o.), natomiast licencje aplikacyjne są gotowym produktem wykonawcy, który „w celu promocji i rozpowszechnienia korzystania” może on jako producent oferować za kwotę 1 zł netto. Jednocześnie Atrem wskazał, że w jednym i drugim przypadku licencje mogą być zaoferowane po cenie jednostkowej 1 zł netto, gdyż „koszty związane z wytworzeniem tego oprogramowania zostały poniesione przez producentów w przeszłości i są już zdyskontowane”. Wywodził, że wycena dokonana z przyjęciem wartości jednostkowej przedmiotu zamówienia na poziomie najniższym (1 zł netto), nierealistycznym, dającym wykonawcy większe szanse na uzyskanie zamówienia publicznego nie może być uznana za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie. Takie działanie narusza dobre obyczaje i nie zasługuje na ochronę prawną. Ponadto zachowanie to winno zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wywodził, że jak przyznał sam przystępujący jego celem była „promocja i rozpowszechnianie korzystania z własnego produktu”. Celem natomiast uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie jest promocja czy reklama własnych produktów, ale ich sprzedaż w celu uzyskania przychodu poprzez zawarcie odpłatnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podniósł, że nie jest istotne dla zwolnienia z zarzutu dokonania czynu nieuczciwej konkurencji to, czy poprzez wcześniejszą sprzedaż tego towaru lub usługi koszt ich wytworzenia został już pokryty czy też poniesiony przez innych klientów. Nie jest istotne czy koszty związane z wytworzeniem oprogramowania zostały poniesione przez producenta w przeszłości i są już zdyskontowane. Czynem nieuczciwej konkurencji nie jest sprzedaż poniżej cen rynkowych, ale jak literalnie wynika z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poniżej kosztów wytworzenia, czyli kosztów poniesionych w procesie wytworzenia produktu lub usługi. Zaś przystępujący Atrem wprost wskazał w wyjaśnieniach, że koszt jaki poniósł w związku z wytworzeniem licencjonowanego oprogramowania był większy niż 1 zł netto.

W dalszej części odwołania odwołujący Sygnity wskazał, że przystępujący Atrem wycenił usługi ATiK świadczone w okresie wdrożenia (etap 2-16 m-cy) i okresie gwarancji (etap 3-12 m-cy, w sumie 28 m-cy) na łączną kwotę 100 000,00 zł netto, a w okresie po wygaśnięciu gwarancji (etap 4) ATiK świadczony przez 12 m-cy wycenił na kwotę 7 560 000,00 zł netto. Odwołujący wywiódł, że działanie wykonawcy Atrem prowadzi do manipulacji cenami poszczególnych usług lub ich przerzucania pomiędzy poszczególnymi wycenianymi i podlegającymi ocenie punktowej etapami w celu osiągnięcia korzystniejszej dla siebie punktacji i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zaś oczekiwaniem zamawiającego w

związku z wskazanym powyżej rozbiem opisu cen za poszczególne etapy i składniki przedmiotu zamówienia, a także przyjętym sposobem oceny zaoferowanych cen, było uzyskanie informacji o rzeczywistych kosztach wdrożenia i rzeczywistych kosztach ATiK - na każdym etapie jego realizacji. Nieuzasadnionym było ujmowanie w kosztach ATiK po okresie gwarancji kosztów rezerw na kary umowne dla całości projektu, kosztów finansowych dla całości projektu (które ponoszone są na początku jego trwania chociażby zabezpieczenia należytego wykonania umowy) i zysku z całości projektu. Takie działania nie było dozwolone w ramach postępowania, co chociażby wynika z opisu kryterium oceny ofert dla ceny. Przystępujący zamierza świadczyć usługi rozwoju systemu Informatycznego poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, podczas gdy koszt świadczenia ATiK po okresie świadczenia gwarancji jest istotnie zawyżony.

W ocenie odwołującego Sygnity oferta przystępującego Intergraph podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. z art. 3 ust. 1 oraz niezależnie z 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazał, że przystępujący Intergraph w formularzu oferty wycenił usługi ATiK świadczone w okresie wdrożenia (etap 2 - 16 m-cy) i okresie gwarancji (etap 3 -12 m-cy, w sumie 28 m-cy) na łączną kwotę 7.729.375,88 zł netto, a w okresie po wygaśnięciu gwarancji (etap 4) ATiK świadczone przez 12 m-cy wycenia na kwotę 0,12 zł netto (tj. 0,01 zł netto miesięcznie). Takie działanie przystępującego Intergraph prowadzi do manipulacji cenami poszczególnych usług lub ich przerzucania pomiędzy poszczególnymi wycenianymi i podlegającymi ocenie punktowej etapami w celu osiągnięcia korzystniejszej dla siebie punktacji. Nie jest możliwe świadczenie usług ATiK w okresie miesiąca za cenę 0,01 zł netto. Oznacza to, iż przystępujący Intergraph dokonał alokacji rzeczywistych kosztów utrzymania pogwarancyjnego systemu do kosztów wdrożenia systemu, co winno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca ten, zgodnie z ofertą zamierza świadczyć usługi utrzymania systemu informatycznego poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Odwołujący wskazał, jakie czynności wykonywać ma obowiązek wykonawca po upływie okresu gwarancji, w świetle pkt 20 załącznika nr 1 do SIWZ. Nie jest możliwe świadczenie 80 godzin bezpośrednich konsultacji w miesiącu w dowolnej lokalizacji zamawiającego na całym terenie kraju. Koszt jednej roboczogodziny konsultanta jest znacznie wyższy niż 0,01 zł netto, nie licząc kosztów dojazdu, czy nawet dojazdu do miejsca wskazanego przez zamawiającego jako miejsce realizacji tej usługi.

W dalszej części odwołania odwołujący Sygnity podniósł, że oferta przystępującego Globema podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w SIWZ w Załączniku nr 1 w Rozdziale 16.7 Obliczenia hydrauliczne - model statyczny przedstawił w postaci tabelarycznej wymagania funkcjonalne dla systemu w zakresie obliczeń hydraulicznych. W pkt 16.7.2 tego Rozdziału SIWZ zostały przedstawione przykładowe wyniki obliczeń sieci i wydruk schematu sieci. Funkcjonalności w zakresie obliczeń hydraulicznych sieci gazowej realizowane są przez specjalizowane oprogramowanie do obliczeń inżynierskich, które nie jest ani Platformą GIS ani Aplikacją GIS w rozumieniu definicji przedstawionych w SIWZ. Zamawiający oprogramowanie to określił jako: „Inne objęte ofertą licencje niezbędne dla realizacji”. Aby zapewnić wymagania funkcjonalne w zakresie obliczeń hydraulicznych niezbędnym jest więc, co najmniej, dostarczenie odpowiedniego oprogramowania. Z treści oferty końcowej przystępującego Globema (z formularza oferty ostatecznej) wynika, że takie oprogramowanie nie zostało zaoferowane w ofercie tego wykonawcy, co jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego wynikającymi z SIWZ, a oferta Globema jest zatem niekompletna, nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Sygnity podniósł ponadto, że zamawiający w SIWZ (załącznik nr 1 Rozdział 19 poz. 19.3 "Typy stanowisk użytkownika, str. 164) wymagał dostarczenia przez wykonawców oprogramowania dla stanowisk mobilnych pracujących w trybie off-line. Jednocześnie zamawiający zakładał, że część z dostępnych funkcjonalności będzie działać mobilnie w trybie on-line. Oprogramowanie zaproponowane przez przystępującego Globema MDC Gaz (Globema, Oferta ostateczna; tabela nr 1, str. 2) realizuje tylko funkcjonalności w trybie off-line bez możliwości pracy w trybie on-line, co jest niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący Sygnity wywiódł także, że dołączone do oferty wstępnej przystępującego Globema screeny (filmy) pokazują (screen\_8 analiza awarii), że oferowany system nie ma polskiego interfejsu. W związku z powyższym istnieje duże prawdopodobieństwo, że wyceniony w ofercie końcowej system również nie posiada polskiego interfejsu użytkownika. Polski interfejs jest wymagany przez zamawiającego (SIWZ Załącznik Nr 1 str. 14 - „1.4.3 System będzie posiadał interfejs w języku polskim”), co może dodatkowo wskazywać na niezgodność oferty przystępującego Globema z treścią SIWZ.

Odwołujący Sygnity podniósł także, że z dołączonego do oferty wstępnej Globema harmonogramu realizacji prac wynika, że wykonawca ten nie dotrzyma kluczowych terminów realizacji prac wymaganych w SIWZ. W harmonogramie oferty wstępnej Globemy (na str. 17 oferty) znajdują się następujące zapisy dotyczące terminów realizacji wdrożenia (napelnienia systemu danymi): system zostanie napelniony danymi z RDG Piła w 22 tygodniu licząc od dnia podpisania umowy, dane z RDG Kalisz zostaną wprowadzone w 50 tygodniu, dane z

RDG Szczecinek w 70 tygodniu, a dane z RDG Stargard 82 tygodniu. Zamawiający w SIWZ ostatecznym (i w SIWZ do negocjacji) podał pewne kluczowe terminy realizacji, których bezwzględnie wymaga: na str. 10 pkt. 1.1.3 (Załącznik Nr 1 do SIWZ) są wskazane kluczowe terminy realizacji projektu dotyczące RDGów (Szczecinek, Stargard Szczeciński, Kalisz , Piła), które muszą być oddane w terminie 8 miesięcy od dnia podpisania umowy (czyli w czasie nie dłuższym niż 35 tygodni). Taki wymóg oznacza, że przystępujący Globema nie wykona prac w terminie wymaganym w SIWZ (bo odda tylko RDG Piła w 22 tygodniu od startu), co jest niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący Sygnity wywiódł ponadto, że z analizy treści oferty wstępnej przystępującego Globema wynika, że wykonawca ten, jako Platformę GIS i Aplikacje GIS zaoferował tzw. oprogramowanie Open Source. Potwierdza to niepodanie cen za licencje w formularzu oferty końcowej (tabela 1). Należy wskazać, że o ile oprogramowanie Open Source jest bezpłatne dla odbiorców niekomercyjnych to jego wykorzystanie do celów związanych z działalnością gospodarczą bezpłatne już nie jest. Komercyjne wykorzystanie oprogramowania Open Source dodatkowo związane jest z dużym ryzykiem po stronie zamawiającego. Dotyczy to chociażby praw majątkowych do kodów źródłowych, których przekazania wymaga zamawiający. W treści oferty ostatecznej Globema zaznaczyła, że przysługują jej wszelkie majątkowe prawa do oprogramowania Aplikacyjnego. Oświadczenie przystępującego Globema jest zatem nieprawdziwe. To, że oprogramowanie jest bezpłatnie dostępne w Internecie, nie oznacza, że Globema posiada do niego prawa majątkowe, czy też że posiada majątkowe prawa autorskie do kodów źródłowych, które może przekazać zamawiającemu.

Odwołujący Sygnity podniósł, że oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., Asseco Central Europa a.s. i Asseco BERIT GmbH podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wywiódł, że ww. wykonawca w formularzu oferty wycenił usługi ATiK świadczone w okresie wdrożenia (etap 2-16 m-cy) i okresie gwarancji (etap 3 -12 m-cy, w sumie 28 m-cy) na łączną kwotę 20.988.474 zł netto, a w okresie po wygaśnięciu gwarancji (etap 4) ATiK świadczony przez 12 m-cy wycenia na kwotę 12 zł netto (tj. 1 zł netto miesięcznie). W ocenie odwołującego działanie to prowadzi do manipulacji cenami poszczególnych usług lub ich przerzucania pomiędzy poszczególnymi wycenianymi i podlegającymi ocenie punktowej etapami w celu osiągnięcia korzystniejszej dla siebie punktacji. Oznacza, że wykonawca ten dokonał alokacji rzeczywistych kosztów utrzymania systemu po okresie gwarancji do kosztów wdrożenia systemu. Wywiódł, że nie jest możliwe świadczenie usług opisanych w pkt 20 załącznika nr 1

do SIWZ za zaoferowaną cenę 1 zł netto. Nie jest chociażby możliwe świadczenie 80 godzin bezpośrednich konsultacji w miesiącu w dowolnej lokalizacji zamawiającego na całym terenie kraju. Koszt jednej roboczogodziny konsultanta jest znacznie wyższy niż 1 zł netto, nie licząc kosztów dojazdu, czy nawet dojazdu do miejsca wskazanego przez zamawiającego jako miejsce realizacji tej usługi.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający pomimo iż zwrócił się do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, ten odmówił ich udzielenia. W tej sytuacji zamawiający nie zastosował przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp obligującego go do odrzucenia oferty.

Odwołujący Sygnity wywiódł również, iż oferta przystępującego Geomar podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Podniósł, że zgodnie z treścią SIWZ (pkt 7.2.2 SIWZ), zamawiający wymagał, aby skalkulować i przedstawić w postaci zestawienia całość oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania oferowanego systemu SZM. W wykazie licencji w ofercie końcowej przystępujący Geomar nie wymienił oprogramowania Oracle Spatial. Zamawiający co prawda stawia do dyspozycji wykonawcy potrzebne oprogramowanie bazodanowe (baza danych Oracle), ale zaoferowany przez Geomar system na podstawie opisów dołączonych do oferty wstępnej wymaga do swojej pracy również oprogramowania Oracle Spatial, które nie jest gwarantowane przez zamawiającego i nie zostało również zaoferowane przez Geomar.

Odwołujący Sygnity podniósł również, że z dołączonego do oferty wstępnej Geomar harmonogramu realizacji prac wynika, że wykonawca ten nie dotrzyma kluczowych terminów realizacji prac wymaganych w SIWZ. W harmonogramie oferty wstępnej przystępującego Geomar (na str. 5 Oferty) znajdują się następujące zapisy dotyczące terminów realizacji wdrożenia (napelnienia systemu danymi): system zostanie napelniony danymi z RDG Piła w 69 tygodniu licząc od dnia podpisania umowy, dane z RDG Kalisz (na str. 6 Oferty) zostaną wprowadzone w 64 tygodniu, dane z RDG Szczecinek w 18 tygodniu, a dane z RDG Stargard 36 tygodniu. Wywodził, że zamawiający w SIWZ ostatecznym (i w SIWZ do negocjacji) podał pewne kluczowe terminy realizacji, których bezwzględnie wymaga: na str. 10 pkt. 1.1.3 (Załącznik Nr 1 do SIWZ) są wskazane kluczowe terminy realizacji projektu dotyczące RDGów (Szczecinek, Stargard Szczeciński, Kalisz , Piła), które muszą być oddane w terminie 8 miesięcy od dnia podpisania umowy (czyli w czasie nie dłuższym niż 35 tygodni). Taki wymóg oznacza, że Geomar nie wykona prac w terminie wymaganym w SIWZ (bo odda tylko RDG Szczecinek w 18 tygodniu od startu umowy), co jest niezgodne z treścią SIWZ.



Do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1246/13 oraz KIO 1248/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Globema sp. z o.o. w Warszawie i ASCTEC sp. z o.o. w Zielonej Górze. Wnieśli o oddalenie odwołań.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 1248/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Geomar S.A. w Szczecinie oraz Digpro Solutions AB w Sztokholmie. Wnieśli o uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 i o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1248/13.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 1246/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. w Warszawie i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu. Wnieśli o uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 i o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1246/13.

Do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13 i KIO 1248/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ATREM S.A. w Złotnikach i Neokart GIS sp. z o.o. w Warszawie. Wnieśli o oddalenie odwołań.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 po stronie odwołującego oraz do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. KIO 1246/13 i KIO 1248/13 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili zgłosili przystąpienie

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Intergraph Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Intergraph CS s.r.o., i Intergraph SG&I Deutschland GmbH. Wnieśli o uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 i o oddalenie odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 1246/13 i KIO 1248/13.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołań.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, oferty wstępne i oferty ostateczne złożone w postępowaniu, wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego Atrem, przystępującego Intergraph, wykonawcy konsorcjum Asseco do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia przystępującego Atrem, przystępującego Intergraph oraz wykonawcy Asseco co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zawiadomienie zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania, odwołania, zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych, odpowiedzi na odwołania, pisma procesowe przystępującego Globema, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska a także dokumenty stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszych spraw odwoławczych mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W razie uwzględnienia poszczególnych odwołań oferty poszczególnych odwołujących przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów przyjętych przez zamawiającego. Zatem zaniechanie wykonania czynności odrzucenia ofert złożonych przez wskazanych w poszczególnych odwołaniach konkurentów prowadzi do sytuacji, w której odwołujący tracą szansę na uzyskanie zamówienia i wynikających z tego faktu korzyści. Powyższe wyczerpuje przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołania zasługiwały na uwzględnienie, jednakże nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

W pierwszej kolejności należało przedstawić rozważania natury ogólnej, które z uwagi na zarzuty wspólne wszystkim odwołaniom odnoszą się do każdej z rozpoznanych przez Izbę spraw odwoławczych.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że Izba potwierdza artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że co do zasady pojęcie ceny rażąco niskiej należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak należy również uznać za prawidłowe dotychczasowe stanowisko, iż w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia ceny, jeżeli jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, specyfiką przedmiotu zamówienia czy też ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że pojęcie ceny, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp należy odnosić do okoliczności danego przypadku. Przykładowo w świetle art. 536 KC cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Taki charakter ma również np. każda oferta posługująca się obmiarowym ustaleniem ceny, gdzie mamy do czynienia z szacowaną ilością jednostek i proponowaną przez wykonawcę ceną za 1 jednostkę. Konkretyzacja ceny następuje dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek.

Izba wskazuje, że wypracowany w orzecznictwie pogląd, iż pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej brutto wywodzi się stąd, że jeżeli kryterium oceny ofert jest cena całkowita brutto, to co do zasady, istotnym jest wynik dokonanej wyceny, a nie jej sposób. Niektóre elementy składające się na cenę mogą być wycenione drożej, a inne taniej, albowiem i tak zamawiający wybiera ofertę najtańszą, kierując się jednolitym kryterium cena. W tej sytuacji, to co dzieje się „wewnątrz” ceny, nie ma znaczenia. Jednakże taka

argumentacja, w sposób oczywisty, nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, zamawiający przewidział bowiem w SIWZ w sposób wyraźny, że kryterium oceny ofert nie będzie cena całkowita brutto. Zamawiający wskazał w pkt 10.3. SIWZ, że punkty będą przyznawane za:

- a) cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancję i ATiK świadczone w okresie gwarancji (70%),
- b) cenę za 12-miesięczny ATiK świadczone po okresie gwarancji (25%).

A zatem zamawiający opisał nie jedno, ale dwa kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny.

Abstrahując od racjonalności takiego postępowania zamawiającego należy podnieść, że całościowa analiza ukształtowanych w SIWZ kryteriów oceny ofert musiała prowadzić do wniosku, iż oczekiwaniem zamawiającego było aby wykonawcy skalkulowali i obliczyli odrębnie dwie ceny. Za absolutnie nieprzekonujące należało uznać stanowisko przedstawione w trakcie rozprawy przez zamawiającego, jakoby jego intencją przy takim ukształtowaniu kryteriów oceny ofert była wyłącznie chęć poznania wysokości ceny za ATiK (asystę techniczną) w okresie 12 miesięcy po gwarancji. Gdyby tak było istotnie, to nie istniałaby potrzeba wyodrębniania ceny za tę usługę jako osobnego kryterium oceny ofert. Wystarczającym byłoby nakazanie wykonawcom aby w formularzu ofertowym wskazali oni wartość tego składnika w ramach jednolitej ceny. Skoro jednak zamawiający zdecydował się oceniać dwie ceny, to oczywistym jest, że przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogły być wyłącznie odrębnie oceniane ceny. Zatem z punktu widzenia ceny rażąco niskiej należało badać poszczególne oszacowane przez wykonawców ceny: cenę za 12-miesięczny ATiK świadczone po okresie gwarancji i odrębnie cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancję i ATiK świadczone w okresie gwarancji. W konsekwencji podejrzenie, że ceny nie pozwolą na pokrycie kosztów wykonania usług związanych z tymi cenami, obligowało zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że jeżeli w ocenie któregośkolwiek z wykonawców brak było podstaw do skierowania do niego wezwania o złożenie wyjaśnień powinien był wnieść wówczas, w przepisany termin odwołanie inaczej traci możliwość podnoszenia zarzutów dotyczących danej czynności (tak: wyroki Izby wydane w sprawach KIO/UZP 262/09; KIO 1270/11; KIO 1115/11; KIO 117/11, dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Jeżeli wykonawca tego nie uczynił to obowiązkiem jego było złożenie wyczerpujących wyjaśnień ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami (tak np. KIO 1818/12).

W dalszej kolejności Izba podkreśla dobrze ugruntowany w orzecznictwie pogląd, że z momentem wezwania to na wykonawcach wezwanych spoczywał obowiązek ujawnienia

czynników, które umożliwią zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający obowiązany był zbadać czy wykonawcy wskazali na istnienie obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy czy wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które pozwoliły mu na świadczenie usług za oszacowane ceny. Z tego powodu wyjaśnienia musiały być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. Nie powinno być wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Jednocześnie, co wyjaśniono wcześniej, takim obiektywnym czynnikiem nie mogło być pokrycie ewentualnego niedoboru w zakresie kosztów odnoszących się do analizowanej usługi w cenie za wykonanie innej usługi. Przy ocenie wyjaśnień zamawiający obowiązany jest wziąć pod uwagę takie uwarunkowania wpływające na możliwość obniżenia cen, które są zgodne z prawem i nie naruszają zasad uczciwej konkurencji (tak: wyrok KIO 1029/12 KIO 1031/12).

Niezastosowanie się do treści wezwania, w świetle brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy. Przy ocenie czy złożono wyjaśnienia zamawiający winien wziąć pod uwagę cel ich składania, jak również orzecznictwo Izby i sądów w tym zakresie. W orzecznictwie przyjmuje się, że za niezłożone uznaje się również takie pismo wykonawcy, które zawiera ogólnikowe, niekonkretne stwierdzenia. Co oczywiste, za wyjaśnienia wykonawcy nie można uznać jego polemiki z treścią wezwania. Polemika z treścią wezwania może być przedmiotem odwołania skierowanego wobec czynności zamawiającego. Wyjaśnień wykonawcy w rozumieniu art. 90 ustawy Pzp nie stanowi przywołanie poglądów orzecznictwa czy doktryny na temat pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Za wyjaśnienia uznaje się jedynie przywołanie tych okoliczności faktycznych, które można zakwalifikować jako obiektywne czynniki umożliwiające obniżenie ceny w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 Pzp”. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu

przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkutowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców.

Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostaną pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w sposób

rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.

Jednocześnie – jak wskazuje się w piśmiennictwie - o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy „można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust 1 ZNKU, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego" (SO w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322).

Opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający. Wskutek pozbawienia znaczenia kryteriów oceny ofert powoduje, że zamawiający zmuszony jest do wybierania jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Najdobitniejszym przykładem skutków takiego działania jest porównanie warunków zaoferowanych w ofercie przystępującego Atrem do warunków zaoferowanych przykładowo przez odwołującego Geomar czy Globema.

Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13). Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Kalkulacji nie usprawiedliwia ewentualna oferta podwykonawcza. Wykonawca, który w świetle kryteriów oceny ofert miał obowiązek skalkulowania odrębnie dwóch cen winien zadbać, aby jego kontrahenci podali mu odrębne ceny za realizację usług, a przynajmniej samodzielnie ustalić i podać zamawiającemu takie ceny, z uwzględnieniem zasady ekwiwalentności świadczeń wzajemnych.

Jako wart przywołania należy wymienić wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 podający, iż „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić

*wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo."* Uznanie, że opisanie wyżej działanie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 uznk, prowadziłoby do wynaturzeń pozbawiających sensu ekonomicznego cały system zamówień publicznych.

Zatem ustalenie przez zamawiającego, że wykonawcy wbrew dobremu obyczajom dopuścili się manipulowania cenami w celu uzyskania wyższej punktacji przerzucając koszty pomiędzy usługami obligowało zamawiającego do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

- 1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z naruszeniem art. 90 ust. 3 poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Atrem pomimo że przystępujący Atrem nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy, względnie dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta przystępującego Atrem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (KIO 1240/13)**
- 2. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Atrem (KIO 1240/13)**
- 3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Atrem, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej rażąco niską cenę (KIO 1246/13)**
- 4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niezależnie w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Atrem, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona (KIO 1248/13)**



Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła co następuje.

Zamawiający w pkt 10.1 SIWZ opisał kryteria oceny ofert ostatecznych. Jednym z kryteriów oceny ofert ostatecznych była cena (95%). Zamawiający wskazał w pkt 10.3. SIWZ, że punkty w ramach poszczególnych składników cenowych będą przyznawane następująco:

- a) cena za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancję i ATiK świadczony w okresie gwarancji (70%),
- b) cena za 12-miesięczny ATiK świadczony po okresie gwarancji (25%).

We wzorze umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) w §4 „Wynagrodzenie i zasady rozliczeń” w ust. 1, zamawiający wskazał, że za realizację całości przedmiotu umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie obejmujące:

- a) wynagrodzenie za realizację prac określonych w § 1 ust. 2 pkt 2.1. do 2.11 umowy, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancję i ATiK świadczony w okresie wdrożenia i gwarancji, w tym wynagrodzenie z tytułu udzielenia licencji, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2.1 umowy,
- b) wynagrodzenie za świadczenie usług ATiK, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2.12 umowy za okres 12 miesięcy od daty zakończenia gwarancji.

Wskazał, że wynagrodzenie jest ustalone ryczałtowo i obejmuje całość prac, wszelkich kosztów i materiałów związanych z wykonywaniem umowy, w tym w szczególności koszty związane z opracowaniem Koncepcji, wdrożeniem Systemu, skanowaniem dokumentacji i ewentualnym zapewnieniem urządzeń do skanowania dokumentacji, ładowaniem danych, udostępnieniem narzędzia informatycznego wspierającego proces uzgodnień i wyjaśnień dokumentacji, uruchomieniem, kontrolą i testami funkcjonowania Systemu, szkoleniami, wprowadzaniem danych, dojazdami pracowników wykonawcy do poszczególnych siedzib Zamawiającego, jak również dostarczeniem oprogramowania oraz licencji na oprogramowanie Systemu (tj. na niezbędne elementy - Aplikację i Platformę GIS oraz na wszelkie dodatkowe oprogramowanie niezbędne do uruchomienia i prawidłowego działania SZM) oraz w przypadku oferowania funkcjonalności dodatkowych koszty ich wdrożenia.

W § 4. ust. 3 wzoru umowy wskazano, że rozliczenie zamawiającego z wykonawcą, w zakresie o którym mowa w §4 ust. 1 lit. a powyżej następować będzie zgodnie z ustalonym harmonogramem realizacji projektu opracowanym przez strony na etapie tworzenia koncepcji wdrożenia, której mowa w § 1 ust. 2 pkt 2.2. umowy. Wynagrodzenie będzie płatne na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej za wdrożenie. Faktury częściowe nie

mogą łącznie przekroczyć kwoty stanowiącej 75% kwoty wynagrodzenia określonej w ust. 1 lit. a powyżej.

Z kolei w § 4 ust. 4 wzoru umowy zamawiający wskazał, że rozliczenie zamawiającego z wykonawcą, w zakresie o którym mowa w ust. 1 lit. b powyżej następować będzie miesięcznie, począwszy od pierwszego miesiąca następującego po dacie zakończenia gwarancji.

Na sfinansowanie całości zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 12.916.000,00 zł brutto.

Przystępujący Atrem zaoferował:

- a) za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancje i ATiK świadczone w okresie gwarancji – 784.624,38 zł brutto,
- b) za świadczenie ATiK w okresie 12 miesięcy po okresie gwarancji – 9.298.800,00 zł brutto.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do przystępującego Atrem o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że powziął wątpliwość czy złożona przez przystępującego Atrem oferta w zakresie ceny za „realizację całości przedmiotu zamówienia” (tab. Nr 3 poz. 1 i 2) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwał do złożenia dodatkowych dokumentów i szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej, potwierdzających, że zaoferowana cena wdrożenia systemu nie jest rażąco niska.

W szczególności zamawiający wezwał do wyjaśnienia następujących czynników kosztotwórczych:

- kosztu robocizny i ilości przewidywanych roboczogodzin (w szczególności na etapie dokumentacji); z uwzględnieniem ilości osób biorących udział w realizacji zamówienia ze strony wykonawcy wskazanych w wykazie na etapie składania wniosków,
  - różnicy w kosztach ATiK w okresie wdrożenia i gwarancji a ATiK po okresie gwarancji; przy uwzględnieniu wymagań zamawiającego, że zakres usług świadczonych w ramach ATiK w całym wymaganym okresie powinien być taki sam,
  - kosztów licencji oprogramowania podmiotów trzecich (wraz z oświadczeniem tych podmiotów o zaoferowanej cenie licencji oprogramowania),
  - zysku wykonawcy
- a także innych elementów oferty wpływających na obniżenie kosztów realizacji wdrożenia systemu.

Przystępujący Atrem w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie wyjaśnił kosztu robocizny i ilości przewidywanych roboczogodzin z uwzględnieniem ilości osób biorących udział w realizacji zamówienia ze strony wykonawcy wskazanych w wykazie na etapie składania wniosków. Nie przedstawił również, w jaki sposób skalkulował składnik cenotwórczy, jakim był ATiK w okresie wdrożenia systemu i gwarancji. Odwoływał się do „przewagi technicznej w postaci zamortyzowanej już księgowo, ale efektywnej wydajnościowo bazy sprzętowej (komputery, skanery)”, „wykorzystania na szeroką skalę oprogramowania stosującego technologię OCR do generowania danych z zeskanowanej dokumentacji”, „możliwości ponoszenia kosztów transportu, a także części kosztów osobowych związanych z realizacją zamówienia w ramach wykonywania wielu innych zamówień dla innych klientów zlokalizowanych w północno-zachodniej części Polski”, „znajomości oprogramowania funkcjonującego u Zamawiającego”, „długoletniej współpracy z Zamawiającym”, „znajomości procedur funkcjonujących u Zamawiającego” czy „roległego doświadczenia w zakresie współpracy z Zamawiającym”.

Wskazał jakie elementy zostały ujęte w cenie za ATiK po upływie okresu gwarancji, a które nie zostały ujęte w cenie usługi w zakresie realizacji całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancje i ATiK świadczone w okresie gwarancji.

Zamawiający w dniu 15 maja 2013 r. poinformował wykonawców, że jako najkorzystniejszą wybiera ofertę przystępującego Atrem z ceną ofertową 10.083.424,38 zł brutto. Przesłał następujące streszczenie porównania i oceny ofert:

Oferta	Nr 1 Asseco	Nr 2 MGGP	Nr 3 Geomar	Nr 4 Atrem	Nr 5 Globema	Nr 6 Comarch	Nr 7 Intergraph	Nr 8 Sygnity
Cena za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancje i ATiK świadczone w okresie gwarancji	25 815 823,02 zł	11 165 258,58 zł	5 302 038,00 zł	784 624,38 zł	3 665 400,00 zł	13 517 863,59 zł	9 507 132,33 zł	9 763 002,00 zł
Ilość pkt w ww. kryterium	2,13	4,92	10,36	70,00	14,98	5,00	5,78	5,63
Cena za 12 miesięczny ATiK po okresie gwarancji	14,76 zł	103 320,00 zł	328 410,00 zł	9 298 800,00 zł	2 656 800,00 zł	380 070,00 zł	0,15 zł	15.498,00 zł
Ilość pkt w ww. kryterium	0,2540650	0,0000363	0,0000114	0,0000004	0,0000014	0,0000121	25,00	0,0002420
Funkcjonaln	19	18	19	19	14	18	18	19

ości dodatkowe systemu								
Ilość punktów w ww. kryterium	5,00	4,74	5,00	5,00	3,68	4,74	4,74	5,00
Ocena łączna	7,38	9,66	15,36	75,00	18,67	9,74	35,51	10,63

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Przenosząc przedstawione wcześniej rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że oferta przystępującego Atrem podlegała odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zaoferowana przez tego wykonawcę cena za realizację całości przedmiotu zamówienia w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancję i ATiK świadczony w okresie gwarancji była o 4,5 raza niższa od drugiej pod względem ceny oferty. Tak znaczna różnica w stosunku do drugiej pod względem ceny oferty, nie wspominając o kolejnych ofertach, niewątpliwie budzić musiała podejrzenie co do zaoferowania przez przystępującego Atrem ceny rażąco niskiej za ww. usługę i obligowała zamawiającego do wezwania tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem zasadną była decyzja zamawiającego, który zdecydował się na takie wezwanie.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że jego wątpliwości budzi oszacowanie oferty w tabeli 3 poz. 1 i 2, a więc należało wyjaśnić cenę licencji i cenę za wdrożenie systemu. Zaś na cenę za wdrożenie systemu składały się szkolenia, ATiK systemu w okresie wdrożenia i gwarancji oraz pozostałe koszty wdrożenia. W szczególności zamawiający wezwał do wyjaśnienia następujących czynników kosztotwórczych:

- kosztu robocizny i ilości przewidywanych roboczogodzin (w szczególności na etapie skanowania dokumentacji); z uwzględnieniem ilości osób biorących udział w realizacji zamówienia ze strony wykonawcy wskazanych w wykazie na etapie składania wniosków,
  - różnicy w kosztach ATiK w okresie wdrożenia i gwarancji a ATiK po okresie gwarancji; przy uwzględnieniu wymagań zamawiającego, że zakres usług świadczonych w ramach ATiK w całym wymaganym okresie powinien być taki sam,
  - kosztów licencji oprogramowania podmiotów trzecich (wraz z oświadczeniem tych podmiotów o zaoferowanej cenie licencji oprogramowania),
  - zysku wykonawcy
- a także innych elementów oferty wpływających na obniżenie kosztów realizacji wdrożenia systemu.

W ocenie Izby przystępujący Atrem nie wyjaśnił koszu robocizny i ilości przewidywanych roboczogodzin z uwzględnieniem ilości osób biorących udział w realizacji zamówienia ze strony wykonawcy wskazanych w wykazie na etapie składania wniosków, a więc 1 kierownik projektu, 5 konsultantów ds. wdrożenia systemu, 2 konsultantów ds. integracji systemów informatycznych GIS, 5 koordynatorów zespołów ds. wprowadzania danych. Na podstawie wyjaśnień można odnaleźć i obliczyć jedynie ogólne koszty zatrudnienia zespołu na poziomie 107.900 złotych. Jednakże nie podano wymaganej informacji co do ilości roboczogodzin i stawki, czy też innych danych, które pozwalałyby prześledzić w jaki sposób wykonawca dokonał takiej kalkulacji. Nie wskazano także wysokości premii zadaniowej za wykonanie usługi, ani wysokości stałych kosztów związanych z pracą koordynatorów, na które powoływał się wykonawca. Powyższe uniemożliwiło przeanalizowanie rzetelności kalkulacji wykonawcy.

W ocenie Izby w wyjaśnieniach przystępujący Atrem nie przedstawił również, pomimo wezwania, w jaki sposób skalkulował składnik cenotwórczy, jakim był ATiK w okresie gwarancji na kwotę 100.000 zł netto w okresie wdrożenia systemu i gwarancji.

Należało się również zgodzić z odwołującym Globema, że przystępujący Atrem, który odwoływał się do „przewagi technicznej w postaci zamortyzowanej już księgowo, ale efektywnej wydajnościowo bazy sprzętowej (komputery, skanery)”, „wykorzystania na szeroką skalę oprogramowania stosującego technologię OCR do generowania danych z zeskanowanej dokumentacji”, „możliwości ponoszenia kosztów transportu, a także części kosztów osobowych związanych z realizacją zamówienia w ramach wykonywania wielu innych zamówień dla innych klientów zlokalizowanych w północno-zachodniej części Polski”, „znajomości oprogramowania funkcjonującego u Zamawiającego”, „długoletniej współpracy z Zamawiającym”, „znajomości procedur funkcjonujących u Zamawiającego” czy „rozległego doświadczenia w zakresie współpracy z Zamawiającym” nie wyjaśnił, w jaki sposób przywoływane okoliczności wpłynęły na wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę, co uniemożliwiło ocenę wpływu tych czynników na zaoferowaną cenę.

Skutkiem nieodniesienia się do treści wezwania była konieczność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, stosownie do literalnego brzmienia tego przepisu. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, podniesiony w odwołaniu odwołującego Globema. Zamawiający, pomimo iż był zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy, zaniechał tej czynności.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w zakresie w jakim pismo przystępującego Atrem można było uznać za wyjaśnienia, ich ocena obligowała zamawiającego do ustalenia, że za realizację całości przedmiotu zamówienia w tym w szczególności za dostawę i

wdrożenie systemu, gwarancję i ATiK świadczony w okresie gwarancji zaoferowano cenę rażąco niską. Powyższe obligowało do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 in fine i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Analiza wyjaśnień złożonych przez przystępującego Atrem prowadziła do jednoznacznego wniosku, że do ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancję i ATiK świadczony w okresie gwarancji nie wliczono następujących kosztów:

- a) kosztu premii zadaniowych za wykonanie przedmiotu zamówienia,
- b) kosztu rezerw na ryzyka związane z realizacją zamówienia np. z karami umownymi,
- c) kosztów finansowych (kredyty, gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe), odnowienie bazy sprzętowej,
- d) zysku (marży brutto), który wykonawca oszacował na poziomie 18% ceny netto oferty.

Przystępujący Atrem przyznał w złożonych wyjaśnieniach, że ww. koszty wliczył w cenę za ATiK po okresie gwarancji. Koszty te w ocenie Izby nie miały z tą usługą żadnego związku i odnosiły się do ceny za realizację całości przedmiotu zamówienia. Zatem ich niejęcie w cenę za realizację całości przedmiotu zamówienia oznacza, że cenę tę niedoszacowano o te elementy. Zatem ocena stanu faktycznego i pisma wykonawcy w tej części w jakiej można je było uznać za wyjaśnienia winna obligować zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego Atrem na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Potwierdził się zatem zarzut naruszenia ww. przepisów przez zamawiającego, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, podniesiony w odwołaniach odwołującego Globema i odwołującego Geomar.

Tym samym zamawiający naruszył również przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób niezgodny z tym przepisem.

W ocenie Izby wliczenie do ceny za ATiK po okresie gwarancji kosztów zupełnie nie związanych z tą usługą a odnoszących się do odrębnie ocenianej w ramach kryteriów oceny ceny za dostawę i wdrożenie systemu oznacza, że wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu dobrych obyczajów, które godziło w zarówno w interes zamawiającego jak i innych wykonawców. Jak wynika z przedstawionego streszczenia porównania i oceny ofert działanie przystępującego Atrem spowodowało, że pozbawione zostało jakiegokolwiek znaczenia kryteria oceny ofert, określone w pkt 10.3 SIWZ. Konkurenci, którzy oszacowali koszty tej usługi w oparciu o faktyczne koszty realizacji zgodnie z modelem należytego postępowania w tego rodzaju stosunkach uzyskali jedynie około 10 pkt na 70 pkt możliwych. Działanie to godziło zarówno w interes zamawiającego jak i innych wykonawców. Potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1

pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podniesiony w odwołaniach złożonych przez odwołującego Globema i odwołującego Sygnity.

Wynikiem ww. ustaleń była również konieczność uznania zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego Atrem, która podlegała odrzuceniu z ww. przyczyn, a zatem czynność wyboru oferty najkorzystniejszej okazała się wadliwa.

W ocenie Izby odwołujący Geomar zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w stosunku do oceny oferty przystępującego Atrem sformułował wadliwie.

Odwołujący Geomar zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowić miało czyn nieuczciwej konkurencji. Z uwagi na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który odsyła do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prawidłowe sformułowanie zarzutu wymaga wskazania choćby w sposób opisowy, którego z szeregu wymienionych czynów nieuczciwej konkurencji wykonawca miał dopuścić się składając ofertę. Jak wynika z literalnego brzmienia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ponadto ustawa wymienia katalog czynów nieuczciwej w art. 5 - 17e ww. ustawy, który nie ma charakteru zamkniętego. Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 3 ust. 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów wymienionych w części szczegółowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”.

A zatem odwołujący Geomar formułując zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z powodu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji obowiązany jest choćby opisowo wskazać na znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisane w art. 5-17 e lub czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy.

Odwołujący Geomar jedynie powoływał się na naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a nie na dopuszczenie się popełnienia przez przystępującego Atrem czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu odrębnych przepisów. W treści odwołania nie wskazał, jakiego czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. ustawy przystępujący Atrem miał się dopuścić. Takiego doprecyzowania próżno szukać nie tylko w części odwołania, w której wykonawca opisuje zarzut poprzez odesłanie do przepisów ustawy, ale i w uzasadnieniu pisma. Na str. 6 odwołania odwołujący Geomar zarzucał, że opisane działanie polegające na manipulowaniu cenami, stanowiącymi odrębne kryteria oceny ofert, jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, co mogłoby wskazywać na czyn z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednakże odwołujący Geomar nie odniósł się do dalszych znamion

czynu wynikających z tego przepisu, a mianowicie, że musi być to działanie, które „zagroza lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Z kolei na 7 stronie odwołania odwołujący Geomar wskazuje, że działanie polegające na przenoszeniu kosztów ATiK po upływie okresu gwarancji do kosztów dostawy i wdrożenia systemu i odwrotnie „było nakierowane na ograniczenie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku”. Takie z kolei sformułowanie mogłoby świadczyć, że odwołujący Geomar miał na myśli czyn z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ale takiemu ustaleniu stało na przeszkodzie to, że odwołujący Geomar nie odnosił się do pierwszego znamienia opisanego czynu nieuczciwej konkurencji. Nie zarzucił aby przystępujący Atrem miał dopuścić się sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia.

Oceniając tak postawione zarzuty Izba stwierdziła, że nie jest jej rolą domniemywanie, przypuszczanie i dociekanie za odwołującego, jakie zarzuty stawia rozstrzygnięciu zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podniesiony przez odwołującego Geomar za niezasadny.

#### **5. Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia z postępowania przystępującego Atrem z powodu niezłożenia wymaganego wadium (KIO 1246/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Atrem S.A. i Neokart GIS sp. z o.o. znajduje się pełnomocnictwo z 3 października 2012 r. udzielone przez Neokart GIS sp. z o.o. dla Atrem S.A. upoważniające mocodawcę do podejmowania wszelkich czynności prawnych oraz faktycznych w związku z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie w imieniu i na rzecz całego konsorcjum, jak również w imieniu każdego z podmiotów konsorcjum, w szczególności do: wniesienia w imieniu i na rzecz konsorcjum wadium (pkt i pełnomocnictwa).

Stosownie do pkt 6.1. SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do wniesienia przed upływem terminu składania ofert ostatecznych wadium w wysokości 250.000 zł.

Wspólną ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Atrem S.A. jako lider konsorcjum i Neokart GIS sp. z o.o.

Przystępujący Atrem złożył wraz z oferta gwarancję bankową wystawioną przez BRE Bank S.A. z 24 kwietnia 2013 r. nr 06065KTG13 na kwotę 250.000 zł. W treści gwarancji



wskazano, że została wystawiona na zlecenie Atrem S.A. w Złotnikach, zwanej dalej „wykonawcą” w celu zagwarantowania prawidłowego wykonania przez wykonawcę jego zobowiązań wynikających z warunków ogłoszonego przez zamawiającego postępowania. Wskazano również, że bank zobowiązuje się do zapłaty ww. kwoty po złożeniu żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że:

1. Wykonawca nie złożył w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów lub oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie lub
2. Wykonawca, którego oferta została wybrana:
  - 1) Odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
  - 2) Wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub
  - 3) Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Przystępujący Atrem złożył wraz z ofertą gwarancję bankową, w treści której istotnie wskazano, że została wystawiona na zlecenie Atrem S.A. w Złotnikach, zwanego dalej „wykonawcą”.

Jednakże ocena tej gwarancji bankowej nie mogła abstrahować od innych dokumentów złożonych zamawiającemu w analizowanym postępowaniu przez przystępującego Atrem. Otóż we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Atrem S.A. i Neokart GIS sp. z o.o. znajduje się pełnomocnictwo z 3 października 2012 r. udzielone przez Neokart GIS sp. z o.o. dla Atrem S.A. upoważniające mocodawcę do podejmowania wszelkich czynności prawnych oraz faktycznych w związku z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie w imieniu i na rzecz całego konsorcjum, jak również w imieniu każdego z podmiotów konsorcjum, w szczególności do: wniesienia w imieniu i na rzecz konsorcjum wadium (pkt i pełnomocnictwa).

Zatem oceniając tak ustalony stan faktyczny, zamawiający słusznie doszedł do przekonania, że złożona gwarancja bankowa uzyskana wprawdzie na zlecenie Atrem S.A., ale działającego również na podstawie pełnomocnictwa partnera konsorcjum Neokart GIS sp. z o.o., zabezpieczała ofertę wspólną tych wykonawców. Powyższe obligowało zamawiającego do stwierdzenia, że oferta przystępującego Atrem została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy. Jak wskazuje się w orzecznictwie, źródłem solidarności jest w tym przypadku przepis art. 370 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Przyjmuje się bowiem, że

członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne (por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu, wydany w sprawie o sygn. akt II Ca 489/06).

Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

- 6. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Intergraph, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej rażąco niską cenę (KIO 1246/13)**
- 7. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niezależnie w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Intergraph, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona (KIO 1248/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W zakresie ww. zarzutów aktualne pozostają rozważania natury ogólnej, a także ustalenia poczynione w zakresie zarzutów 1-5.

Ustalono ponadto, że przystępujący Intergraph zaoferował:

- a) za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancje i ATiK świadczone w okresie gwarancji – 9.507.132,33 zł brutto,
- b) za świadczenie ATiK w okresie 12 miesięcy po okresie gwarancji – 0,15 zł brutto.

Ustalono również, że pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego Intergraph o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że powziął wątpliwość czy złożona przez wykonawcę oferta w zakresie ceny za ATiK systemu (platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji (tab. Nr 3 poz. 1) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie następujących czynników cenotwórczych:

- kosztu robocizny przy uwzględnieniu wymagań zamawiającego w zakresie usług wchodzących w zakres ATiK, o których mowa w pkt 19 załącznika nr 1 do SIWZ (w tym w szczególności w odniesieniu do postawionego przez zamawiającego wymogu zapewnienia możliwości korzystania przez użytkowników systemu z telefonicznej asysty technicznej (Help Desk) w dni robocze przez 11 godzin dziennie, świadczenia 80 godzin konsultacji w miesiącu we wskazanych lokalizacjach zamawiającego,
  - kosztów dojazdu związanych z ww. konsultacjami,
  - różnicy w kosztach ATiK w okresie wdrożenia i gwarancji a ATiK po okresie gwarancji (tab. Nr 2 poz. 2); przy uwzględnieniu wymagań zamawiającego, że zakres usług świadczonych w ramach ATiK w całym wymaganym okresie powinien być taki sam,
  - kosztów utrzymania systemu typu Help Desk,
  - zysku wykonawcy
- a także innych elementów oferty wpływających na obniżenie kosztów realizacji ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji.

Przystępujący Intergraph złożył wyjaśnienia, co do których zastrzegł, że nie mogą być udostępniane innym wykonawcom jako tajemnica jego przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba oceniając stan faktyczny stwierdziła, że już z samego porównania ceny za wykonanie usługi ATiK w okresie 12 miesięcy po upływie okresu gwarancji, oszacowanej przez przystępującego Intergraph na poziomie 1 gr. miesięcznie, do zakresu tej usługi należało wnioskować, że wykonanie tej usługi za tę cenę nie będzie możliwe. Wykonawca zaoferował wykonanie usługi praktycznie za darmo. Natomiast w swych wyjaśnieniach wykonawca przyznał wprost, że koszty za ATiK po upływie okresu gwarancji zostały skalkulowane w cenie za ATiK w okresie wdrożenia i gwarancji. Zatem zaniechanie ujęcia kosztów związanych z ATiK w 12 miesiącach po okresie gwarancji w cenie za tę usługę oznaczało, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę za ATiK po upływie okresu gwarancji. Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podniesiony w odwołaniu odwołującego Geomar. Tym samym zamawiający naruszył również przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób niezgodny z tym przepisem.

Powyższe okoliczności faktyczne świadczyły ponadto o dopuszczeniu się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. naruszeniu dobrych obyczajów na szkodę zarówno zamawiającego jak i innych wykonawców. Jak wynika z przedstawionego streszczenia

porównania i oceny ofert działanie przystępującego Intergraph spowodowało, że pozbawione zostało jakiegokolwiek znaczenia kryteria oceny ofert, określone w pkt 10.3 SIWZ. Konkurenci, którzy oszacowali koszty usługi za ATiK po upływie okresu gwarancji w oparciu o faktyczne koszty realizacji zgodnie z modelem należytego postępowania w tego rodzaju stosunkach uzyskali poniżej 1 pkt, na 25 pkt możliwych.

A zatem zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Potwierdził się zarzut z odwołania odwołującego Sygnity.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podniesionego przez odwołującego Geomar Izba stwierdziła, że odwołujący sformułował ten zarzut w sposób wadliwy. W tym zakresie pozostają aktualnie rozważania poczynione w tym zakresie przez Izbę w zakresie zarzutu 3.

- 8. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Asseco BERIT GmbH, i Asseco Central Europe a.s., której złożenie stanowi czynny nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej rażąco niską cenę (KIO 1246/13)**
- 9. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niezależnie w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., Asseco Central Europe a.s. i Asseco BERIT GmbH, której złożenie stanowi czynny nieuczciwej konkurencji, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona (KIO 1248/13)**
- 10. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Asseco Poland S.A., Asseco Central Europe a.s. i Asseco BERIT GmbH, podczas gdy wykonawca ten nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, mimo, iż został przez zamawiającego wezwany do ich złożenia, a następnie sam oczekiwał od zamawiającego skonkretyzowania pytań, czego zamawiający zaniechał (KIO 1248/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W zakresie ww. zarzutów aktualnie pozostają rozważania natury ogólnej, a także ustalenia poczynione w zakresie zarzutów 1-5.

Ustalono ponadto, że wykonawca konsorcjum Asseco zaoferował:

a) za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancje i ATiK świadczone w okresie gwarancji – 25.815.823,02 zł brutto,

b) za świadczenie ATiK w okresie 12 miesięcy po okresie gwarancji – 14,76 zł brutto.

Ustalono również, że pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. zamawiający zwrócił się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Asseco o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że powziął wątpliwość czy złożona przez wykonawcę oferta w zakresie ceny za ATiK systemu (platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji (tab. Nr 3 poz. 1) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie następujących czynników cenotwórczych:

- kosztu robocizny przy uwzględnieniu wymagań zamawiającego w zakresie usług wchodzących w zakres ATiK, o których mowa w pkt 19 załącznika nr 1 do SIWZ (w tym w szczególności w odniesieniu do postawionego przez zamawiającego wymogu zapewnienia możliwości korzystania przez użytkowników systemu z telefonicznej asysty technicznej (Help Desk) w dni robocze przez 11 godzin dziennie, świadczenia 80 godzin konsultacji w miesiącu we wskazanych lokalizacjach zamawiającego,
- kosztów dojazdu związanych z ww. konsultacjami,
- kosztów utrzymania systemu typu Help Desk,
- zysku wykonawcy

a także innych elementów oferty wpływających na obniżenie kosztów realizacji ATiK Systemu (Platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji.

Wykonawca konsorcjum Asseco uchylił się od złożenia żądanych przez zamawiającego wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wykonawca konsorcjum Asseco oszacował cenę za ATiK świadczone po okresie gwarancji na poziomie 1 złotego miesięcznie, co niewątpliwie budzić musiało podejrzenie co do zaoferowania ceny rażąco niskiej i obligowała zamawiającego do wezwania tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem zasadną była decyzja zamawiającego, który zdecydował się na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

W ocenie Izby wykonawca w ogóle nie złożył żądanych przez zamawiającego wyjaśnień. W przesłanym zamawiającemu piśmie ograniczył się do polemiki z treścią wezwania. Ponadto w końcowej części pisma wezwał zamawiającego do uszczegółowienia wezwania.

Jak wskazano wcześniej wezwanie i jego zakres było zasadne. Również jego szczegółowość nie budziła zastrzeżeń. Zamawiający wskazał bowiem co budzi jego wątpliwości, a mianowicie oferta w zakresie ceny za ATiK systemu (platformy GIS i Aplikacji) po upływie gwarancji (tab. Nr 3 poz. 1). Wezwał do wyjaśnienia w tym zakresie, a ponadto wymienił jakie elementy należy wyjaśnić w szczególności. Skutkiem ustalenia, że wykonawca wezwany nie wyjaśnia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jest konieczność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Potwierdził się zarzut naruszenia ww. przepisu podniesiony w odwołaniu odwołującego Sygnity.

Wskutek nieusunięcia wątpliwości w zakresie sposobu kalkulowania ceny za ATiK po upływie okresu gwarancji ofertę należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że już z samego porównania ceny za wykonanie usługi ATiK w okresie 12 miesięcy po upływie okresu gwarancji oszacowanej przez wykonawcę na poziomie 1 zł miesięcznie do zakresu tej usługi należało wnioskować, że wykonanie usługi za oferowaną cenę nie jest możliwe. Zaś wskutek niezłożenia wyjaśnień zamawiający nie mógł ustalić, aby zaoferowanie ceny 1 zł znajdowało oparcie w dostępnych wykonawcy obiektywnych czynnikach, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Potwierdził się zatem zarzut podniesiony przez odwołującego Geomar.

Ponadto z uwagi na zaoferowanie wykonania usługi ATiK po okresie gwarancji za 1 zł, oznacza, że koszty realizacji usługi musiały zostać ujęte w drugiej cenie, tj. za wykonanie przedmiotu zamówienia, w szczególności dostawy i wdrożenia systemu. Powyższe świadczyło również o dopuszczeniu się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. naruszeniu dobrych obyczajów na szkodę zarówno zamawiającego jak i innych wykonawców. Działanie konsorcjum Asseco powodowało, że pozbawione jakiegokolwiek znaczenia zostały kryteria oceny ofert. Konkurenci, którzy oszacowali koszty usługi za ATiK po upływie okresu gwarancji w oparciu o faktyczne koszty realizacji zgodnie z modelem należytego postępowania w tego rodzaju stosunkach uzyskali minimalną liczbę punktów.

A zatem zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uzhk. Potwierdził się zarzut z odwołania odwołującego Sygnity.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że odwołujący Geomar sformułował ten zarzut w sposób wadliwy. W tym zakresie pozostają aktualnie rozważania poczynione w tym zakresie przez Izbę w zakresie zarzutu 3.

**11. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Sygnity, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej rażąco niską cenę (KIO 1246/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W zakresie ww. zarzutów aktualne pozostają rozważania natury ogólnej, a także ustalenia poczynione w zakresie zarzutów 1-5.

Ustalono ponadto, że przystępujący Sygnity zaoferował:

- a) za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancje i ATiK świadczone w okresie gwarancji – 9.763.002,00 zł brutto,
- b) za świadczenie ATiK w okresie 12 miesięcy po okresie gwarancji – 15.498,00 zł brutto.

Ustalono również, że zamawiający nie kierował do przystępującego Sygnity wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako chybiony. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”)). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż*

zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego Sygnity do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny za ATiK po upływie okresu gwarancji (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Powyższe oznacza, że zamawiający oceniając ofertę przystępującego Sygnity nie mógł naruszyć przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób niezgodny z tym przepisem, gdyż o takie wyjaśnienia nie wystąpił. Nie potwierdził się zarzut podniesiony w odwołaniu odwołującego Geomar.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że odwołujący Geomar sformułował ten zarzut w sposób wadliwy. W tym zakresie pozostają aktualnie rozważania poczynione w tym zakresie przez Izbę w zakresie zarzutu 3.

## **12. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Globema, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej rażąco niską cenę (KIO 1246/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W zakresie ww. zarzutów aktualnie pozostają rozważania natury ogólnej, a także ustalenia poczynione w zakresie zarzutów 1-5.

Ustalono ponadto, że przystępujący Globema zaoferował:

- a) za realizację całości przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności za dostawę i wdrożenie systemu, gwarancje i ATiK świadczone w okresie gwarancji – 3.665.400,00 zł brutto,
- b) za świadczenie ATiK w okresie 12 miesięcy po okresie gwarancji – 2.656.800,00 zł brutto.

Ustalono również, że zamawiający nie kierował do przystępującego Globema wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten podlega oddaleniu jako przedwczesny. Nie potwierdził się również podniesiony przez odwołującego Geomar zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. W tym zakresie



pozostają aktualnie rozważania poczynione w tym zakresie przez Izbę w zakresie zarzutu 11.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że odwołujący Geomar sformułował ten zarzut w sposób wadliwy. W tym zakresie pozostają aktualnie rozważania poczynione w tym zakresie przez Izbę w zakresie zarzutu 3.

**13. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Globema z powodu niezgodności treści ofertą z treścią SIWZ, polegającej na niezaoferowaniu oprogramowania, które zapewniałoby wymagania funkcjonalne w zakresie obliczeń hydraulicznych (KIO 1248/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 9 zamawiający wymienił funkcjonalności obligatoryjne, wśród których nie wskazał funkcjonalności w zakresie obliczeń hydraulicznych.

W pkt 10.4 SIWZ wskazał, że: „za każdą funkcjonalność dodatkową z wykazu załączonego do formularza ofertowego, zgodnego ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ, którą będzie posiadał System, Wykonawca otrzyma punkt jednostkowy.” Zamawiający zastrzegł przy tym, że „Oferta Wykonawcy, którego System nie posiada żadnej z funkcjonalności dodatkowych opisanych w wykazie, nie zostanie odrzucona, a jedynie otrzyma 0, pkt w kryterium funkcjonalności dodatkowych Systemu.

W załączniku nr 5 do SIWZ zamawiający wymienił funkcjonalności dodatkowe, których zaoferowanie nie było obligatoryjne. W załączniku nr 5 wymieniono następujące funkcjonalności:

5. System powinien posiadać narzędzia do obliczeń hydraulicznych dla gazownictwa (w przypadku gdy system GIS dostawcy wykorzystuje do obliczeń hydraulicznych narzędzia innych firm, narzędzia te winny być dostarczone w pakiecie systemu GIS jako jedna całość z niezbędnymi licencjami i gwarancjami).
6. System umożliwi wygenerowanie aktualnego grafu (schematu) sieci oraz wykonanie obliczeń hydraulicznych (statycznych) dla przedsięwzięcia: całości lub fragmentu sieci.
7. System powinien posiadać narzędzia do obliczeń hydraulicznych, które umożliwiają obliczanie prędkości i strumieni gazu w odcinkach, obciążenia poszczególnych źródeł gazu

8. System powinien posiadać narzędzia do obliczeń hydraulicznych, które umożliwiają: obliczanie strat gazu powstałych w wyniku awarii (np. zerwanie gazociągu/przyłącza) i rozpoznanych nieszczelności
9. System powinien posiadać narzędzia do obliczeń hydraulicznych, które umożliwiają: obliczanie dostępnej pojemności fragmentu (całości sieci), oraz szacunkowego czasu, w którym można zasilać odbiorców wyłącznie z pojemności odciętego fragmentu sieci (zamknięta armatura odcinająca, założony zacisk).

Ustalono również, że zamawiający w SIWZ w załączniku nr 1 w rozdziale 16.7 Obliczenia hydrauliczne - model statyczny przedstawił w postaci tabelarycznej wymagania funkcjonalne dla systemu w zakresie obliczeń hydraulicznych. W pkt 16.7.2 tego rozdziału SIWZ zostały przedstawione przykładowe wyniki obliczeń sieci i wydruk schematu sieci.

W tabeli, w pkt 16.7.1 wymieniono m.in. następujące funkcjonalności:

10. Obliczanie prędkości i strumieni gazu w odcinkach, obciążenia poszczególnych źródeł gazu, ciśnienie gazu w węzłach
11. Obliczanie strat gazu powstałych w wyniku awarii (np. zerwanie gazociągu/ przyłącza) i rozpoznanych nieszczelności
12. Obliczanie dostępnej pojemności fragmentu sieci oraz szacunkowego czasu, w którym można zasilać odbiorców wyłącznie z pojemności odciętego fragmentu sieci (zamknięta armatura odcinająca, założony zacisk
15. schemat sieci z kolorystycznym przedstawieniem rozkładu wybranego przez użytkownika parametru sieci
16. wykresy linii ciśnień na tle poziomej linii prezentującej minimalne dopuszczalne ciśnienie w sieci
17. dobór średnic rur dla zadanych parametrów

Z formularza oferty, z tabeli 1 przystępującego Globema wynika, jakie licencje zaferował on zamawiającemu. W wierszu 7 tabeli 1, „inne objęte ofertą licencje niezbędne do realizacji” wpisał on: MDC Gaz i FME Desktop. Ponadto załączył do oferty załącznik nr 3 – zestawienie oprogramowania składającego się na oferowany system, na platformę GIS oraz innego oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania oferowanego SZM. Zastrzegł, że treść tego załącznika stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być udostępniana innym wykonawcom.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zamawiający przeprowadził w SIWZ podział funkcjonalności na wymagane i funkcjonalności dodatkowe. Nie ulegało wątpliwości, że w pkt 9 załącznika nr 1 do SIWZ określającego funkcjonalności wymagane nie wymieniono funkcjonalności w zakresie obliczeń hydraulicznych. Wymienione natomiast zostały w wykazie funkcjonalności dodatkowych określonych w załączniku nr 5 do SIWZ, poz. 5-9.

Odwołujący Sygnity w trakcie rozprawy sprecyzował swój zarzut wyjaśniając, że spośród wymienionych w pkt 16.7 na str. 128 załącznika nr 1 do SIWZ wymagań funkcjonalnych dotyczących obliczeń hydraulicznych jako obligatoryjne należy wymienić funkcjonalności wymienione w pkt 15, 16 i 17. Wyjaśnił, że wynika to z tego, iż nie zostały one ujęte w załączniku nr 5 do SIWZ, który obejmował funkcjonalności dodatkowe, które nie musiały być zaoferowane jako fakultatywne. Przyznał również w trakcie rozprawy, że funkcjonalności wymienione w tabeli w pkt 16.7 pkt 10-12 załącznika nr 1 do SIWZ pokrywają się z funkcjonalnościami wymienionymi w załączniku nr 5 do SIWZ poz. 5-9.

Przystępujący Globema oświadczył w złożonym piśmie procesowym, że funkcjonalności obligatoryjne określone w pkt 16.7 załącznika nr 1 do SIWZ, które nie pokrywają się z funkcjonalnościami określonymi w załączniku nr 5 do SIWZ, będą realizowane przez własne oprogramowanie przystępującego, stworzone na potrzeby zaoferowanej w postępowaniu Aplikacji.

Izba stwierdziła, że skoro funkcjonalności dodatkowe objęte załącznikiem nr 5 do SIWZ pkt 5-9, były tożsame w funkcjonalnościami wymienionymi w załączniku nr 1 do SIWZ, pkt 16.7.1 poz. 10-12, to nie musiały być zaoferowane. W konsekwencji nie istniał obowiązek ujmowania w wykazie oprogramowania, które miało je realizować. Natomiast w zakresie w jakim postanowienia pkt 16.7 załącznika nr 1 do SIWZ nie pokrywały się z treścią załącznika nr 5 do SIWZ, tj. poz. 15-17 pkt 16.7 załącznika nr 1, odwołujący Sygnity nie przeprowadził żadnego dowodu, że funkcjonalności te nie mogą być realizowane przez oprogramowanie zaoferowane przez przystępującego Globema i stworzone na potrzeby Aplikacji. Skoro zatem wymagane funkcjonalności w zakresie obliczeń hydraulicznych będą realizowane przez oprogramowanie realizowane na potrzeby Aplikacji, które wykonawca niewątpliwie zaoferował, to nie istniała potrzeba zaoferowania dodatkowego oprogramowania do ich realizowania.

Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

Odnosząc się do złożenia w dniu 13 czerwca 2013 r. przez odwołującego Sygnity pisma z 12 czerwca 2013 r. – załącznika do protokołu rozprawy po jej zamknięciu w dniu 10 czerwca 2013 r., Izba wskazuje, że momentem, do którego należy składać wnioski dowodowe oraz prezentować stanowisko procesowe strony jest zamknięcie rozprawy. Uszło

uwadze pełnomocnika odwołującego, że rozpoznanie sprawy odbywa się na rozprawie. Ta zaś jest jawna, przebiega z udziałem stron i uczestników postępowania. Uwzględnienie stanowiska złożonego po zamknięciu rozprawy spowodowałoby naruszenie podstawowych zasad i standardów postępowania odwoławczego, z których wynika, że wyjaśnienie sprawy odbywa się na rozprawie w warunkach kontrydiktoryjności, przy obecności przeciwnika procesowego, który może ustosunkować się do podnoszonych twierdzeń. Z powyższych względów złożonego stanowiska nie wzięto pod uwagę przy rozpoznawaniu zarzutów.

**14. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Globema z powodu niezgodności treści ofertą z treścią SIWZ, polegającej na zaoferowaniu przez ww. wykonawcę oprogramowania MDC Gaz zapewniające wyłącznie funkcjonalności w trybie off-line bez możliwości pracy w trybie on-line (KIO 1248/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający w SIWZ (załącznik nr 1 Rozdział 19 poz. 19.3 "Typy stanowisk użytkownika, str. 164) wymagał, aby system był udostępniany użytkownikom w trzech niezależnych trybach, w tym m.in. w trybie mobilnym. W przypadku tego trybu aplikacja miała być uruchamiana na urządzeniach typu tablet, w trybie off-line. Dane na których pracuje użytkownik końcowy typu mobile, są dostarczane do urządzenia typu tablet na czas trwania scenariusza i wykorzystywane w trybie off-line.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że nie wyklucza możliwości wykorzystania wybranych funkcji stanowiska mobile w trybie on-line (np. przesyłanie alertów, aktualizacja wybranych danych opisowych, przesyłanie zmiany danego statusu).

W dniu 18 kwietnia 2013 r., w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 50 o treści:

*W Załączniku nr 1 do SIWZ w punkcie 19.3 jest definicja stanowiska mobilnego - „Mobile - rozumiane jako stanowisko mobilne użytkownika końcowego. Aplikacja uruchamiana na urządzeniach typu Tablet, w trybie off-line. Dane na których pracuje użytkownik końcowy typu mobile, są dostarczane do urządzenia typu Tablet na czas trwania scenariusza i wykorzystywane w trybie off-line,” Jednocześnie w Załączniku nr 1 do SIWZ w Rozdziale 16 „Funkcjonalności przypadków użycia (wszyscy użytkownicy)” znajduje się zapis mówiący, że wszystkie funkcjonalności wymienione w Rozdziale 16 dotyczą wszystkich użytkowników, z czego Wykonawca wnosi, że dotyczą również użytkowników mobilnych. W związku z tym pojawia się pytanie: Jak Zamawiający wyobraża sobie funkcjonalność otwierania aplikacji*

*zewnątrznych FENIX, ARCHIVIX. EWISTA w trybie offline na tablecie? Czy aplikacje te będą zainstalowane na tabletach wraz z danymi niezbędnymi do otwierania w/w aplikacji w trybie offline?*

udzielił odpowiedzi:

*Zamawiający ma świadomość ograniczeń wynikających z pracy na urządzeniach przenośnych typu Tablet. Praca w trybie offline rozumiana jest jako praca wykonywana na danych uprzednio wgranych na urządzenie przenośne typu Tablet. Funkcjonalności dla aplikacji mobilnej oparte będą na funkcjonalnościach użytkownika końcowego z ograniczeniami wynikającymi z pracy w trybie offline (praca na fragmencie danych). Zamawiający nie zakłada konieczności wywoływania innych systemów na urządzeniach mobilnych. Ewentualna praca w trybie online dotyczyć będzie tylko wymiany danych z Bazą Danych GIS.*

Z formularza oferty, z tabeli 1 przystępującego Globema wynika, jakie licencje zaoferował on zamawiającemu. W wierszu 7 tabeli 1, „inne objęte ofertą licencje niezbędne do realizacji” wpisał on: MDC Gaz i FME Desktop. Ponadto załączył do oferty załącznik nr 3 – zestawienie oprogramowania składającego się na oferowany system, na platformę GIS oraz innego oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania oferowanego SZM. Zastrzegł, że treść tego załącznika stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być udostępniana innym wykonawcom.

Przystępujący Globema złożył oświadczenie o zgodności jego oferty z SIWZ. Zamawiający nie wymagał potwierdzenia zgodności oferowanego rozwiązania z przywołanym postanowieniem SIWZ odrębnym oświadczeniem czy dokumentem.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że zamawiający poprzez udzieloną odpowiedź nr 50 z 18 kwietnia 2013 r. sprecyzował zakres ewentualnej pracy w trybie online stanowiska mobilnego. Ograniczył go do wymiany danych z Bazą Danych GIS. Z powyższego wynikało, że zasadniczo stanowisko mobilne miało jednak pracować w trybie off-line, z możliwością pracy on-line w zakresie synchronizacji danych z Bazą Danych GIS.

Przystępujący Globema złożył wraz z ofertą oświadczenie, o zgodności oferty z SIWZ. Natomiast zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców bardziej szczegółowej deklaracji w tym zakresie. W złożonym w trakcie posiedzenia Izby piśmie procesowym zapewnił, że zaoferowane przez niego oprogramowanie MDC Gaz zapewni wymianę danych z Bazą Danych GIS w trybie on-line.

Skoro odwołujący Sygnity utrzymywał, że wbrew ww. stanowisku oferta przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ, to na zasadzie art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp obowiązany był wykazać sporną okoliczność.

Izba stwierdziła, że odwołujący Sygnity nie przeprowadził żadnego dowodu, że aplikacja MDC Gaz realizuje tylko funkcjonalności w trybie off-line. To, że wykonawca Globema posłużył się w opisie oferowanego oprogramowania sformułowaniem MDC Gaz off-line, a więc opisem zgodnym z jego zasadniczym i podstawowym trybem pracy, nie stanowiło dowodu, że oprogramowanie MDC Gaz nie zapewni wymiany danych z Bazą Danych GIS w trybie on-line.

Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

Izba pominęła przy wyrokowaniu stanowisko przedstawione przez odwołującego Sygnity w piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r. z przyczyn wskazanych przy rozstrzygnięciu zarzutu 13.

**15. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Globema z powodu niezgodności treści ofertą z treścią SIWZ, polegającej na zaoferowaniu systemu, który nie posiada polskiego interfejsu (KIO 1248/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przystępujący Globema do swej oferty wstępnej załączył screeny (filmy). Z filmu (scen\_8 analiza awarii) wynika, że system prezentowany na filmie nie posiada polskiego interfejsu.

Z treści SIWZ z załącznik Nr 1 str. 14 pkt 1.4.3 wynika, że „System będzie posiadał interfejs w języku polskim”.

Z formularza oferty ostatecznej, z tabeli 1 przystępującego Globema wynika, jakie licencje zaoferował on zamawiającemu. W wierszu 7 tabeli 1, „inne objęte ofertą licencje niezbędne do realizacji” wpisał on: MDC Gaz i FME Desktop. Ponadto załączył do oferty załącznik nr 3 – zestawienie oprogramowania składającego się na oferowany system, na platformę GIS oraz innego oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania oferowanego SZM. Zastrzegł, że treść tego załącznika stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być udostępniana innym wykonawcom.

Przystępujący Globema złożył wraz z ofertą oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie wymagał potwierdzenia zgodności oferowanego systemu z przywołanym postanowieniem SIWZ odrębnym oświadczeniem czy dokumentem.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Przystępujący Globema złożył w ofercie ostatecznej oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie wymagał wykazania zgodności oferty z postanowieniem pkt załącznik Nr 1 do SIWZ str. 14 pkt 1.4.3 w bardziej szczegółowy sposób. Ponadto w piśmie procesowym zapewnił, że wyceniony w ofercie końcowej system będzie posiadał interfejs w języku polskim. W tej sytuacji to na odwołującym Sygnity, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, a mianowicie, że wbrew oświadczeniu przystępującego Globema zaoferowany system nie będzie posiadał polskiego interfejsu.

Izba stwierdziła, że odwołujący Sygnity nie przeprowadził żadnego dowodu, iż wyceniony w ofercie końcowej przystępującego Globema system nie posiada polskiego interfejsu. Nie dowodzi tego screen (film) (scen\_8 analiza awarii) z oferty wstępnej tego wykonawcy, gdyż oferta ostateczna nie musiała dotyczyć systemu identycznego z systemem, który przedstawiono w ofercie wstępnej. Izba pominęła przy wyrokowaniu stanowisko przedstawione przez odwołującego Sygnity w piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r. z przyczyn wskazanych przy rozstrzygnięciu zarzutu 13.

Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

**16. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Globema z powodu niezgodności treści ofertą z treścią SIWZ, polegającej na niezapewnieniu terminów realizacji zamówienia, o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ rozdział 1 pkt 1.13 (KIO 1248/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający w SIWZ przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych wyraźnie wskazał w pkt 7.2.2., że harmonogram załączony do oferty wstępnej nie ma wiążącego charakteru, jest bowiem tylko wstępną propozycją, a nie wiążącą deklaracją. Wymagany dokument określono jako „wstępny harmonogram rzeczowo - czasowy zawierający propozycje cząstkowych terminów realizacji oraz szacunkową pracochłonność (zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ)”.

Przystępujący Globema załączył do swej oferty wstępnej (s. 17) harmonogram terminów realizacji wdrożenia (napełnienia systemu danymi): system zostanie napełniony danymi z RDG Piła w 22 tygodniu licząc od dnia podpisania umowy, dane z RDG Kalisz

zostaną wprowadzone w 50 tygodniu, dane z RDG Szczecinek w 70 tygodniu, a dane z RDG Stargard 82 tygodniu.

Zamawiający w SIWZ przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych, w załączniku nr 1 do SIWZ, w pkt 1.1.3 wskazał, że wprowadzenie danych w 4 RDG (Szczecinek, Stargard Szczeciński, Kalisz, Piła), w których nastąpi weryfikacja założeń realizacji projektu oraz pełne wdrożenie wszystkich funkcjonalności nastąpi w terminie 8 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Przystępujący Globema złożył wraz z ofertą oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ. Zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ. Zamawiający nie wymagał potwierdzenia zgodności z przywołanym postanowieniem SIWZ odrębnym oświadczeniem czy dokumentem.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Przystępujący Globema złożył w ofercie ostatecznej oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie wymagał wykazania zgodności oferty z postanowieniem załącznika nr 1 do SIWZ, w pkt 1.1.3 w bardziej szczegółowy sposób. W piśmie procesowym przystępujący Globema zapewnił, że zamierza dotrzymać terminów wynikających z przywoływanego postanowienia SIWZ. W tej sytuacji to na odwołującym Sygnity, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, a mianowicie, że wbrew oświadczeniu przystępującego Globema jego oferta nie obejmuje dotrzymania określonych w SIWZ terminów.

Izba stwierdziła, że odwołujący Sygnity nie przeprowadził żadnego dowodu, iż przystępujący Globema nie zobowiązał się do zachowania wymaganych terminów realizacji prac. Dowodem takim nie może być harmonogram załączony do oferty wstępnej przystępującego, albowiem - jak wynika z pkt 7.2.2. SIWZ przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych - miał on wyłącznie wstępny charakter. Izba pominęła przy wyrokowaniu stanowisko przedstawione przez odwołującego Sygnity w piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r. z przyczyn wskazanych przy rozstrzygnięciu zarzutu 13.

Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

**17. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Globema z powodu niezgodności treści ofertą z treścią SIWZ, polegającej na zaproponowaniu przez wykonawcę licencji na oprogramowanie, które nie spełniają warunków SIWZ w zakresie przekazania praw majątkowych (KIO 1248/13)**



Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W wzorze formularza ofertowego zamawiający wymagał od wykonawców zadeklarowania:

- a) jeżeli przysługują im majątkowe prawa autorskie do całości aplikacji – wykonawca winien wybrać wersję I,
- b) jeżeli majątkowe prawa autorskie do całości aplikacji przysługują podmiotowi trzeciemu – wykonawca winien wybrać wersję II i wskazać podmiot trzeci,
- c) jeżeli majątkowe prawa autorskie do aplikacji przysługują w części wykonawcy a w części podmiotowi trzeciemu – wykonawca powinien wskazać wersję I i II i dodatkowo wskazać zakres elementów, do których mają prawa odpowiednio wykonawca i podmiot trzeci.

Z formularza oferty ostatecznej, z tabeli 1 przystępującego Globema wynika, jakie licencje zaoferował on zamawiającemu. W wierszu 7 tabeli 1, „inne objęte ofertą licencje niezbędne do realizacji” wpisał on: MDC Gaz i FME Desktop. Ponadto załączył do oferty załącznik nr 3 – zestawienie oprogramowania składającego się na oferowany system, na platformę GIS oraz innego oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania oferowanego SZM. Zastrzegł, że treść tego załącznika stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być udostępniana innym wykonawcom.

W formularzu ofertowym w tabeli 1 cenę 0 zł wskazano w odniesieniu do:

- a) Licencji Platformy GIS dla 120 użytkowników edycyjnych,
- b) Licencji Platformy GIS dla 400 użytkowników końcowych,
- c) Licencji Platformy GIS dla 6 administratorów.

W przypadku Aplikacji GIS licencje zostały wycenione przez wykonawcę Globema, zaoferował on oprogramowanie typu komercyjnego, a nie Open Source.

W treści oferty ostatecznej, w formularzu oferty przystępujący Globema wskazał na I wersję zapisów dotyczących licencji na Aplikację.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący Sygnity nie wskazał w odwołaniu żadnego postanowienia SIWZ z którym sprzeczna miałby być treść oferty przystępującego Globema.

Izba stwierdziła również, że wbrew stanowisku odwołującego Sygnity, w treści oferty ostatecznej przystępujący Globema nie złożył oświadczenia, że przysługują mu wszelkie majątkowe prawa do oprogramowania aplikacyjnego. W pkt 7 formularza ofertowego, w

którym przystępujący wybrał wersję I, jest mowa o autorskich prawach majątkowych przysługujących przystępującemu do Aplikacji, a nie Platformy. Jest to oświadczenie niewątpliwie prawdziwe. Przystępujący Globema zaoferował oprogramowanie Open Source w zakresie Platformy GIS, natomiast nie uczynił tego w zakresie Aplikacji GIS, jak błędnie twierdzi odwołujący. Powyższe wynikało z oferty ostatecznej przystępującego, gdyż w tabeli 1 cenę 0 zł wskazano tylko i wyłącznie w odniesieniu do wymienionych tam licencji Platformy GIS. Natomiast w przypadku Aplikacji GIS nie zaoferował on oprogramowania typu Open Source, ale oprogramowanie komercyjne, dlatego też jego licencje zostały odpowiednio wycenione w tabeli 1.

Ponieważ Aplikacja GIS jest oprogramowaniem komercyjnym, więc przystępujący zgodnie z prawdą oświadczył, że przysługują mu majątkowe prawa autorskie do oprogramowania Aplikacji GIS. Jest to bowiem własne komercyjne oprogramowanie przystępującego Globema. Izba pominęła przy wyrokowaniu stanowisko przedstawione przez odwołującego Sygnity w piśmie z dnia 12 czerwca 2013 r. z przyczyn wskazanych przy rozstrzygnięciu zarzutu 13.

Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

**18. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Geomar z powodu niezgodności treści ofertą z treścią SIWZ, polegającej na zaniechaniu zaoferowania oprogramowania Oracle Spatial niezbędnego do prawidłowego działania oferowanego systemu SZM (KIO 1248/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Stosownie do pkt 7.2.2 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby skalkulować i przedstawić w postaci zestawienia całość oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania oferowanego systemu SZM.

W pkt 1.4.1 załącznika nr 1 do SIWZ wskazano, że „system ma przechowywać dane geometryczne i opisowe w relacyjnej bazie danych. Standardem, którym dysponuje zamawiający i na który zapewnia licencje jest Oracle Database 11 g Enterprise Edition”.

Przystępujący Geomar załączył do oferty ostatecznej zestawienie oprogramowania składającego się na oferowany system, na platformę GIS oraz innego oprogramowania niezbędnego do prawidłowego działania oferowanego SZM. Wymienił w nim następujące oprogramowanie:

- 1) dpPlatform
- 2) dpGas/Mapy i Dokumentacja wersja pełna,

- 3) dpGas/Mapy i Dokumentacja wersja Podgląd,
- 4) dpGas / Mapy i Dokumentacja wersja Admin
- 5) dpGas/Obliczenia sieciowe
- 6) kernel obliczeniowy Gasnet
- 7) serwer danych georeferencyjnych

W wykazie licencji w ofercie końcowej Geomar nie wymienił oprogramowania Oracle Spatial.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Przystępujący Geomar w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wyjaśnił, że oprogramowanie które zaoferował tj. dpGas nie wymaga oprogramowania Oracle Spatial, albowiem współpracuje poprawnie z bazą danych Oracle Database 11 g Enterprise Edition i nie wymaga rozszerzenia tej bazy o Oracle Spatial. Natomiast ww. bazę zamawiający wykonawcom zapewniał.

W tej sytuacji to na odwołującym Sygnity, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, a mianowicie, że poprawna współpraca oferowanego przez wykonawcę oprogramowania wymaga zaoferowania dodatkowego rozszerzenia bazy danych o Oracle Spatial.

Izba stwierdziła, że odwołujący Sygnity nie wykazał, aby zaoferowany przez przystępującego Geomar system wymagał do swej współpracy z bazą danych oprogramowania Oracle Spatial, którego brak miałby stanowić o niewypełnieniu wymogu wskazania w ofercie całości oprogramowania niezbędnego do realizacji zamówienia.

Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

**19. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Geomar z powodu niezgodności treści ofertą z treścią SIWZ, polegającej na niezapewnieniu terminów realizacji zamówienia, o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ rozdział 1 pkt 1.13 (KIO 1248/13)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający w SIWZ przekazanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych wyraźnie wskazał w pkt 7.2.2., że harmonogram załączony do oferty wstępnej nie ma wiążącego charakteru, jest bowiem tylko wstępną propozycją, a nie wiążącą deklaracją. Wymagany dokument określono jako „wstępny harmonogram rzeczowo -

czasowy zawierający propozycje częściowych terminów realizacji oraz szacunkową pracochłonność (zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ)”.

Do swej oferty wstępnej załączył wstępny harmonogram wdrożeń. W harmonogramie tym na s. 5 i 6 przystępujący Geomar wskazał terminy realizacji wdrożenia (napelnienia systemu danymi). Zakładał, że system zostanie napelniony danymi z RDG Piła w 69 tygodniu licząc od dnia podpisania umowy, dane z RDG Kalisz zostaną wprowadzone w 64 tygodniu, dane z RDG Szczecinek w 18 tygodniu, a dane z RDG Stargard 36 tygodniu.

Zamawiający w SIWZ , w załączniku nr 1, w pkt 1.1.3 wskazał, że wprowadzenie danych w 4 RDG (Szczecinek, Stargard Szczeciński, Kalisz, Piła), w których nastąpi weryfikacja założeń realizacji projektu oraz pełne wdrożenie wszystkich funkcjonalności nastąpi w terminie 8 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Przystępujący Geomar złożył wraz z ofertą oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ. Zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ. Zamawiający nie wymagał potwierdzenia zgodności z przywołanym postanowieniem SIWZ odrębnym oświadczeniem czy dokumentem.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Przystępujący Geomar złożył w ofercie ostatecznej oświadczenie o zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie wymagał wykazania zgodności oferty z postanowieniem załącznika nr 1 do SIWZ, w pkt 1.1.3 w bardziej szczegółowy sposób. W zgłoszeniu przystąpienia przystępujący Geomar zapewnił, że zamierza dotrzymać terminów wynikających z przywoływanego postanowienia SIWZ. W tej sytuacji to na odwołującym Sygnity, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, a mianowicie, że wbrew oświadczeniu przystępującego Geomar jego oferta nie obejmuje dotrzymania określonych w SIWZ terminów.

Izba stwierdziła, że odwołujący Sygnity nie przeprowadził żadnego dowodu, iż przystępujący Geomar nie zobowiązał się do zachowania wymaganych terminów realizacji prac. Dowodem takim nie może być harmonogram załączony do oferty wstępnej przystępującego, albowiem - jak wynika z pkt 7.2.2. SIWZ przekazanej wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych - miał on wyłącznie wstępny charakter.

Zarzut należało zatem ocenić jako chybiony.

## **20. Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13)**

Skutkiem potwierdzenia się zarzutów związanych z zaniechaniami odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego Atrem, przystępującego Intergraph i wykonawcy konsorcjum Asseco było stwierdzenie, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tak samo bowiem potraktował wykonawców zarówno, którzy nie zaoferowali ceny rażąco niskiej i którzy nie dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, jak i wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu z ww. powodów.

Zamawiający przez zaskarżone zaniechania nie mógł naruszyć przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przez odwołującego Globema przepis stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów ustawy. Udzielenie zamówienia następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie zawarł umowy, więc nie mógł naruszyć przywołanego przez odwołującego przepisu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce we wszystkich sprawach. Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego Atrem, przystępującego Intergraph i wykonawcy Asseco. Wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego Atrem. A zatem stwierdzone przez Izbę zaniechanie miało wpływ na wynik postępowania, który jest rozumiany jest jako rozstrzygnięcie w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej. Natomiast zaniechanie odrzucenia ofert przystępującego Intergraph i wykonawcy konsorcjum Asseco – w kontekście nakazanego powtórzenia czynności badania i oceny ofert i konieczności odrzucenia ofert podlegających odrzuceniu - może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1-3 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

W sprawie o sygn. akt KIO 1240/13 i KIO 1246/13 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego odpowiednio Globema i Geomar w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....