

Sygn. akt: KIO 1811/15

Sygn. akt: KIO 1816/15

Sygn. akt: KIO 1826/15

WYROK

z dnia 8 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Jolanta Markowska
Grzegorz Matejczuk
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2015 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2015 r. przez:

- A. Kamsoft S.A. w Katowicach (KIO 1811/15),
- B. Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (KIO 1816/15),
- C. Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy (KIO 1826/15),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Województwo Kujawsko-Pomorskie w Toruniu,

przy udziale:

- Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 1816/15 po stronie zamawiającego,
- Systemy Informatyczne ALMA Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 1811/15, KIO 1816/15 i KIO 1826/15 po stronie zamawiającego,
- Kamsoft S.A. w Katowicach zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 1826/15 po stronie zamawiającego,
- CA Consulting S.A. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 1811/15 po stronie zamawiającego,
- Konsultant IT Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 1826/15 po stronie zamawiającego;

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt: KIO 1811/15

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Województwu Kujawsko-Pomorskiemu w Toruniu powtórzenie oceny ofert w częściach A, Ł i O zamówienia na *dostawę i wdrożenie systemów szpitalnych (HIS) w ramach projektu „e-Usługi - e- Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego” i dodatkowo w pakietach G, S, W dostawa i wdrożenie systemów typu RIS/PACS wraz z niezbędnym sprzętem w ramach projektu e-Usługi - e-Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego*, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Systemy Informatyczne ALMA Sp. z o.o. w Poznaniu w częściach A, Ł i O jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wezwanie wykonawcy Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy do uzupełnienia dowodów potwierdzających dysponowanie zasobami wiedzy i doświadczenia udostępnianymi przez Comtec Systems P. S. w części O zamówienia, oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Kujawsko-Pomorskie w Toruniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Kamsoft S.A. w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu na rzecz Kamsoft S.A. w Katowicach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

II. w sprawie o sygn. akt: KIO 1816/15

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Województwu Kujawsko-Pomorskiemu w Toruniu powtórzenie oceny ofert w częściach D, K i M zamówienia na *dostawę i wdrożenie systemów szpitalnych (HIS) w ramach projektu „e-Usługi - e- Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego” i dodatkowo w pakietach G, S, W dostawa i wdrożenie systemów typu RIS/PACS wraz z niezbędnym sprzętem w ramach projektu e-Usługi - e-Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego*, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Systemy Informatyczne ALMA Sp. z o.o. w Poznaniu w częściach D, K i M jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia

oraz wezwanie wykonawcy Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy do uzupełnienia dowodów potwierdzających dysponowanie zasobami wiedzy i doświadczenia udostępnianymi przez Comtec Systems P. S. w części D zamówienia, oddała odwołanie w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Kujawsko-Pomorskie w Toruniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland S.A. w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu na rzecz Asseco Poland S.A. w Rzeszowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

III. w sprawie o sygn. akt: KIO 1826/15

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Województwu Kujawsko-Pomorskiemu w Toruniu powtórzenie oceny ofert w częściach G i S zamówienia na *dostawę i wdrożenie systemów szpitalnych (HIS) w ramach projektu „e-Usługi - e- Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego” i dodatkowo w pakietach G, S, W dostawa i wdrożenie systemów typu RIS/PACS wraz z niezbędnym sprzętem w ramach projektu e-Usługi - e-Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego*, w tym w tym podanie pełnego uzasadnienia faktycznego tych czynności, oddała odwołanie w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Kujawsko-Pomorskie w Toruniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Województwa Kujawsko-Pomorskiego w Toruniu na rzecz Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Toruniu.

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1811/15

Sygn. akt: KIO 1816/15

Sygn. akt: KIO 1826/15

UZASADNIENIE

Zamawiający, Województwo Kujawsko-Pomorskie w Toruniu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę i wdrożenie systemów szpitalnych (HIS) w ramach projektu „e-Usługi - e- Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego” i dodatkowo w pakietach G, S, W dostawa i wdrożenie systemów typu RIS/PACS wraz z niezbędnym sprzętem w ramach projektu e-Usługi - e-Organizacja - pakiet rozwiązań informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego*, z podziałem zamówienia na części.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2015/S 082-145512 z dnia 28 kwietnia 2015.

W dniu 11.08.2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

Sygn. akt: KIO 1811/15

W dniu 21.08.2015 r. Kamssoft S.A. w Katowicach wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności Zamawiającego podjętych w częściach A, Ł i O zamówienia:

I. W Pakiecie A

a. Wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę Systemy Informatyczne Alma Sp. z o.o. (zwana dalej SI Alma) pomimo, iż Wykonawca ten powinien zostać z postępowania wykluczony, względnie jego oferta powinna zostać odrzucona. Nadto Zamawiający zaniechał wobec tego Wykonawcy zastosowania procedury wezwania do uzupełnień wymaganych dokumentów. Niezauważone przez Zamawiającego błędy, w ofercie Wykonawcy SI Alma, dotyczą:

i. Braku wniesienia wadium, którego beneficjentem byłoby Województwo Kujawsko - Pomorskie. Zarzucam, iż brak wykluczenia z tego powodu Wykonawcy SI Alma narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

ii. Nie wpisania w formularzu ofertowym wartości brutto wdrożenia systemu klasy HIS wraz ze szkoleniem stanowiskowym personelu oraz wartości brutto podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu LIS/HIS. Z braku tego wynika, że Wykonawca nie zaoferował realizacji usług z tych pozycji formularza ofertowego (niezgodność oferty z SIWZ), W przypadku przyjęcia przez KIO, iż Wykonawca usługi te jednak zaoferował, ofercie należy zarzucić, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny lub zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego brak odrzucenia oferty Wykonawcy SI Alma, z tych powodów, narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i art. 87 ust. 1 pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp i art. 90 ust. 3 pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp).

iii. Załączenia dokumentów dotyczących zaoferowanego sprzętu w języku obcym, w szczególności str. 154-159 oraz 166-171 oferty. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia tłumaczeń ww. dokumentów na język polski. Zarzucam, iż brak wezwania do uzupełnienia tłumaczeń, na język polski, dokumentów dotyczących sprzętu narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp oraz art. 9 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp.

b. Sklasyfikowaniu na drugiej pozycji oferty Wykonawcy CA CONSULTING S.A. (zwana dalej CA CONSULTING) pomimo, iż Wykonawca ten powinien zostać poddany procedurze wezwania do uzupełnień wymaganych dokumentów oraz złożenia wyjaśnień.

Niezauważone przez Zamawiającego błędy, w ofercie Wykonawcy CA CONSULTING, dotyczą:

i. Nie załączenia do oferty kart produktowych oferowanego sprzętu w postaci serwera i macierzy. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów. Zarzucam, iż brak wezwania do uzupełnienia kart produktowych serwera i macierzy narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp.

ii. Załączenia innych dokumentów dotyczących zaoferowanego sprzętu oraz certyfikatów w języku obcym, w szczególności dotyczy str. 160 - 161 oraz 168-171 oferty. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia tłumaczeń ww. dokumentów na język polski.

Według Odwołującego brak wezwania do uzupełnienia tłumaczeń, na język polski, dokumentów dotyczących sprzętu narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp oraz art. 9 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp.

iii. Nie wykazania przez CA CONSULTING spełnienia warunków udziału w postępowaniu albowiem w ofercie Wykonawcy CA CONSULTING:

> Załączono tzw. referencje wystawione na inne podmioty, aniżeli Wykonawca CA CONSULTING, co wskazuje na to, że Wykonawca zamierza wykazać spełnienie warunków o których mowa w art 22 ust, 1 pzp poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów. Niemniej z treści protokołów odbioru (str. 63, 67-68 oferty) nie wynika, jaki podmiot zrealizował zamówienie (wątpliwe jest, czy podmiotem tym był ESAprjekt Sp. z o.o., czy też Comarch Polska S.A., czy też konsorcjum tych podmiotów). Nadto z oferty nie wynika, jaki podmiot zrealizował zamówienie, którego dotyczy protokół odbioru zawarty na str. 66 oferty.

> Brak zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia CA CONSULTING zasobów w trybie art. 26 ust. 2b pzp.

> W ofercie znajduje się stwierdzenie, iż CA CONSULTING będzie korzystała z podwykonawstwa w zakresie dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS oraz w zakresie wdrożenia systemu HIS wraz ze szkoleniem stanowiskowym personelu. Niemniej nie wskazano, jakie podmioty będą realizować podwykonawstwo. Jeżeli podmioty te jednocześnie udostępniły CA CONSULTING zasoby celem wykazania spełnienia warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, to do oferty powinny zostać załączone, dotyczące tych podmiotów, dokumenty o których mowa w pkt V.I.I.2-1.6 SIWZ (tego typu dokumenty nie zostały załączone do oferty).

Według Odwołującego brak wezwania do wyjaśnień oraz brak wezwania do uzupełnienia wymaganych dokumentów w zakresie wykazania przez CA CONSULTING spełnienia warunków udziału w postępowaniu narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i ust. 4 pzp.

II. W Pakiecie Ł

a. Wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę Systemy Informatyczne Alma Sp. z o.o. (zwana dalej SI Alma) pomimo, iż Wykonawca ten powinien zostać z postępowania wykluczony, względnie jego oferta powinna zostać odrzucona. Nadto Zamawiający zaniechał, wobec tego Wykonawcy, zastosowania procedury wezwania do uzupełnień wymaganych dokumentów. Niezauważone przez Zamawiającego błędy, w ofercie Wykonawcy SI Alma, dotyczą:

i. Braku wniesienia wadium, którego beneficjentem byłoby Województwo Kujawsko - Pomorskie.

Według Odwołującego brak wykluczenia z tego powodu Wykonawcy SI Alma narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

ii. Nie wpisania w formularzu ofertowym wartości brutto dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS oraz wartości brutto podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu LIS/HIS. Z braku tego wynika, że Wykonawca nie zaoferował realizacji usług z tych pozycji formularza ofertowego (niezgodność oferty z SIWZ). W przypadku przyjęcia przez KIO, iż Wykonawca usługi te jednak zaoferował, ofercie należy zarzucić, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny lub zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego brak odrzucenia z tych powodów oferty Wykonawcy SI Alma narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i art. 87 ust. 1 pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp i art. 90 ust. 3 pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

iii. Załączenia dokumentów dotyczących zaoferowanego sprzętu w języku obcym, w szczególności str. 154 -159 oraz 166-171 oferty. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia tłumaczeń ww. dokumentów na język polski.

Według Odwołującego brak wezwania do uzupełnienia tłumaczeń, na język polski, dokumentów dotyczących sprzętu narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp oraz art. 9 ust. 2 i ust. 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp.

Wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę Systemy informatyczne Alma Sp. z o.o. (zwana dalej SI Alma) pomimo, iż Wykonawca ten powinien zostać z postępowania wykluczony, względnie jego oferta powinna zostać odrzucona. Nadto Zamawiający zaniechał wobec tego Wykonawcy zastosowania procedury wezwania do uzupełnień wymaganych dokumentów. Niezauważone przez Zamawiającego błędy, w ofercie Wykonawcy SI Alma, dotyczą:

i. Braku wniesienia wadium, którego beneficjentem byłoby Województwo Kujawsko - Pomorskie. Zarzucam, iż brak wykluczenia z tego powodu Wykonawcy SI Alma narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

ii. Nie wpisania w formularzu ofertowym wartości brutto dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS oraz wartości brutto podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu LIS/HIS. Z braku tego wynika, że Wykonawca nie zaoferował realizacji usług z tych pozycji formularza ofertowego (niezgodność oferty z SIWZ). W przypadku przyjęcia przez KIO, iż Wykonawca usługi te jednak zaoferował, ofercie należy zarzucić, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny lub zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego brak odrzucenia z tych powodów oferty Wykonawcy SI Alma narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i art. 87 ust. 1 pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp i art. 90 ust. 3 pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

iii. Załączenia dokumentów dotyczących zaoferowanego sprzętu w języku obcym, w szczególności str. 154 -159 oraz 166-171 oferty. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia tłumaczeń ww. dokumentów na język polski.

Według Odwołującego brak wezwania do uzupełnienia tłumaczeń, na język polski, dokumentów dotyczących sprzętu narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp oraz art. 9 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp.

Skasowaniu na drugiej pozycji oferty Wykonawcy Biuro Usług Informatycznych BIUINF J. C., J. G. spółka jawna (zwana dalej BIUINF) pomimo, iż Wykonawca ten powinien zostać poddany procedurze wezwania do uzupełnień wymaganych dokumentów oraz złożenia wyjaśnień. Niezauważone przez Zamawiającego błędy, w ofercie Wykonawcy BIUINF, dotyczą:

i. Załączenia dokumentów dotyczących zaoferowanego sprzętu oraz certyfikatów w języku obcym, w szczególności dotyczy str. 33-36, 51-56, 61-70 oferty w zakresie dot. Pakietu O. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia tłumaczeń ww. dokumentów na język polski.

Według Odwołującego brak wezwania do uzupełnienia tłumaczeń, na język polski, dokumentów dotyczących sprzętu narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp oraz art. 9 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp.

ii. Nie załączenia do oferty Wykonawcy BIUINF dokumentów o których mowa w pkt V. 1.1.2-1.6 SIWZ. W tym kontekście należy podkreślić, że Wykonawca BIUINF w celu wykazania spełnienia warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b. Podmiotami tymi między innymi są Proinformatyka Sp. z o.o. oraz J. M. Centrum Szkolenia Komputerowego. Podmioty te udostępniają BIUINF, na czas realizacji zamówienia, swoje zasoby osobowe (pracowników). Tym samym nie budzi wątpliwości, że podmioty te biorą udział w realizacji zamówienia. Do oferty BIUINF powinny zostać załączone dokumenty dotyczące tych podmiotów o których mowa w pkt V.1.1.2-1.6 SIWZ. W przypadku braku tych dokumentów Zamawiający powinien był wezwać BIUINF do uzupełnienia tych dokumentów.

Według Odwołującego brak wezwania do uzupełnienia dokumentów o których mowa w pkt V.1.1.2-1.6 SIWZ, a dotyczących przedsiębiorców Proinformatyka Sp. z o.o. oraz J. M. Centrum Szkolenia Komputerowego narusza treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp.

iii. Przedsiębiorca Comtek Systems P. S. udostępnia BIUINF swoją wiedzę i doświadczenie, w celu wykazania spełnienia przez BIUINF warunków o których mowa art. 22 ust. 1 pzp. Jednocześnie w zobowiązaniu tego podmiotu stwierdzono, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi w postaci konsultacji bez udziału w realizacji zamówienia. W

tym kontekście powstaje wątpliwość, jaki jest rzeczywisty zakres udostępnienia wiedzy i doświadczenia i czy udostępnienie to nie jest pozorne. Zamawiający powinien był wezwać BIUNF do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, gdyby z wyjaśnień wynikało, że Paweł Szachnowski jednak będzie poprzez konsultacje brał udział w realizacji zamówienia konieczne byłoby wezwanie BIUNF do przedłożenia dokumentów o których mowa w pkt N/1.1.2-1.6 SIWZ, a dotyczących przedsiębiorcy P. S. .

Według Odwołującego brak wezwania BIUNF do wyjaśnień precyzujących jaki będzie rzeczywisty udział w realizacji zamówienia przedsiębiorcy P. S. naruszył treść art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 4 pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w pakietach A oraz Ł oraz O.
- Powtórzenia czynności badania i oceny ofert w pakietach A oraz Ł oraz O z uwzględnieniem:
 - Wykluczenia z postępowania Wykonawcy SI Alma w pakietach A oraz Ł oraz O {ewentualnie odrzucenia jego oferty w tych pakietach), a w przypadku nie uwzględnienia zarzutów zmierzających do wykluczenia/odrzucenia oferty SI Alma nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy SI Alma do uzupełnienia brakujących dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 pzp - w ww. pakietach.
 - Wezwania, w pakiecie A, Wykonawcy CA CONSULTING do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wymaganych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 pzp w zakresie opisanym w pkt I.b odwołania.
 - Wezwania, w pakiecie O, Wykonawcy BIUNF do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wymaganych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 pzp w zakresie opisanym w pkt III.b odwołania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Kwestie dotyczące zarzutów sformułowanych wobec oferty Wykonawcy SI Alma.

Zarzut opisany w pkt I.a.i oraz II.a.i oraz III.a.i części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art. 7 ust 1 i ust 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP).

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiającemu zadane zostało pytanie dotyczące tego, jaki podmiot powinien zostać wskazany, jako beneficjent gwarancji wadialnych. Pytanie miało treść: „Prosimy o doprecyzowanie jak w treści gwarancji wadialnych powinien zostać określony Beneficjent. Czy Beneficjentem jest Województwo Kujawsko - Pomorskie czy Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko - Pomorskiego?”. Zamawiający w dniu 2015-06-18 (str. 131) udzielił odpowiedzi o treści: „Beneficjentem jest Województwo Kujawsko – pomorskie”

Wykonawca SI Alma w pakietach A oraz Ł oraz O do oferty załączył gwarancje ubezpieczeniowe wadialne w których, jako beneficjent gwarancji wskazany został Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko - Pomorskiego w Toruniu oraz podmiot leczniczy w którym realizowany będzie przedmiot zamówienia w ramach danego pakietu. W tym kontekście należy wskazać na treść przepisów ustawy o samorządzie województwa. Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy województwo ma osobowość prawną. Art. 15 ustawy stanowi, że organami samorządu województwa są sejmik województwa oraz zarząd województwa. Natomiast art. 45 ust. 1 ustawy precyzuje, że zarząd województwa wykonuje zadania województwa przy pomocy urzędu marszałkowskiego i wojewódzkich samorządowych jednostek organizacyjnych lub wojewódzkich osób prawnych. Tym samym nie ma tożsamości pomiędzy pojęciami województwa, które jest osobą prawną i któremu przysługuje zdolność prawna oraz zdolność do czynności prawnych, a pojęciem urzędu marszałkowskiego, który nie jest osobą prawną, nie przysługuje mu zdolność prawna, nie może być podmiotem praw i stanowi wyłącznie aparat pomocniczy województwa służący zarządowi województwa do wykonywania zadań województwa oraz obsługi techniczno-organizacyjnej województwa. Urząd marszałkowski nie może być stroną czynności cywilnoprawnych, ani podmiotem praw wynikających z gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej. W żadnym wypadku urzędu marszałkowskiego nie można wskazać, jako beneficjenta gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej albowiem z gwarancji takiej wynikają określone uprawnienia, których podmiotem może być wyłącznie osoba prawna lub tzw. ułomna osoba prawna charakteryzujące się zdolnością prawną i zdolnością do czynności prawnych. Gwarancja ubezpieczeniowa wadialna jest dokumentem sformalizowanym i jej beneficjentem może być wyłącznie podmiot prawa prawidłowo zindywidualizowany. Wskazanie w treści gwarancji ubezpieczeniowej, jako beneficjenta, aparatu pomocniczego województwa, czyli jednostkę, która nie posiada zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych powoduje, iż gwarancja jest w tym zakresie (wskazania beneficjenta) nieważna. Wynika to z treści art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego albowiem wskazanie, jako beneficjenta gwarancji aparatu pomocniczego, który nie może być podmiotem praw z niej wynikających, jest sprzeczne z ustawą. Tym samym za jedyne beneficjenta gwarancji przedłożonych przez Wykonawcę SI Alma może zostać uznany podmiot leczniczy w którym realizowany

będzie przedmiot zamówienia w ramach danego pakietu. Niemniej takie wskazanie beneficjenta jest sprzeczne z wyżej wskazaną odpowiedzią na pytanie, która jednoznacznie stanowi, że beneficjentem powinno być Województwo Kujawsko - Pomorskie.

Stwierdzić zatem należy, iż Wykonawca SI Alma - do terminu składania ofert - nie wniósł wadium. Taki stan faktyczny obligował Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcę SI Alma z udziału w postępowaniu.

Zarzuty opisane w pkt i. a. ii oraz II.a. ii oraz III, a. i i części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art 7 ust 1 ust 3 pzo w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp i art. 87 ust 1p lub art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp lub art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp).

Pkt XII SIWZ precyzuje sposób obliczenia ceny oferty. Zgodnie z treścią tego zapisu:

„Wykonawca powinien w kalkulować w cenę ofertową (brutto) wszystkie jej składniki tj. wszystkie wymagania niniejszej SiWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia w tym również ryzyko wynikające z okoliczności których nie można było przewidzieć w chwili składania oferty.

Obliczona w ten sposób cena oferty stanowić będzie wynagrodzenie Wykonawcy. Cena ofertowa jest niezmienna.

Jedyną i wiążącą dla Wykonawcy i Zamawiającego jest cena wynikająca ze złożonego przez Wykonawcę formularza ofertowego.

W pakiecie A Wykonawca SI Alma nie wycenił wdrożenia systemu klasy HIS wraz ze szkoleniem stanowiskowym personelu oraz nie wycenił podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu LIS/HIS. Natomiast w pakietach Ł oraz O Wykonawca nie wycenił dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS oraz nie wycenił podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu LIS/HIS.

Tym samym w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Wykonawca w swojej ofercie w ogóle nie zaoferował tych dostaw. W konsekwencji treść oferty, w każdym z pakietów o których mowa w odwołaniu, pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ albowiem SIWZ wymagał zaoferowania dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS, dostawy usług wdrożenia systemu klasy HIS wraz ze szkoleniem stanowiskowym personelu oraz dostawy usług podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu LIS/HIS. Oferta Wykonawcy SI Alma powinna zatem być odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ. W tym kontekście należy również zwrócić uwagę na to, że Zamawiający pismem z dnia 2015-08-06 wezwał

Wykonawcę SI Alma do wskazania, czyjego oferta obejmuje wykonanie ww. dostaw z jednoczesnym wskazaniem elementów cenotwórczych (Zamawiający wszczął procedurę badania wystąpienia rażąco niskiej ceny). Wezwanie Zamawiającego z dnia 2015-08-06 ocenić należy, jako czynność niedozwoloną albowiem de facto uruchomiło ono negocjacje treści oferty pomiędzy Wykonawcą SI Alma i Zamawiającym. Nadto wezwanie to umożliwiło niedopuszczalną czynność uzupełnienia (zmiany) treści oferty. Tym samym naruszona została treść art. 87 ust. 1 pzp.

Jeżeli w ocenie KIO czynność wezwania do wyjaśnień nie naruszyła jednak treści art. 87 ust. 1 pzp, to w takim razie zasadnym jest podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny albowiem - w takiej sytuacji - z formularza ofertowego jednoznacznie wynika, że Wykonawca SI Alma w swojej całościowej wycenie oferty nie uwzględnił wszystkich elementów cenotwórczych w tym w szczególności: dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS, wdrożenia systemu klasy HIS wraz ze szkoleniem stanowiskowym personelu, podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu US/HIS. Z art. 90 ust. 2 pzp wynika, że w sytuacji gdy wszczęta została procedura badania rażąco niskiej ceny, a taką procedurę uruchomiło wezwanie Zamawiającego z dnia 2015-08-06, to ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. KIO powinna zbadać, czy wyjaśnienia Wykonawcy SI Alma stanowiące odpowiedź na wezwanie z dnia 2015-08-06 w sposób precyzyjny wyjaśniają kwestie ceny, a w szczególności, czy wyjaśnienia te zawierają dowody wykazujące, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską i uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Wyjaśnienia Wykonawcy SI Alma powinny być zawierać precyzyjne wyliczenia wraz ze wskazaniem stawek wynagrodzeń specjalistów zaangażowanych w realizację zamówienia, określeniem ich czasowego zaangażowania w projekt, wyceną ryzyk projektowych, wskazaniem wysokości marży Wykonawcy, ceną zakupu oferowanego sprzętu oraz w szczególności ustosunkowaniem się do kwestii wyceny wartości dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS, wdrożenia systemu klasy HIS wraz ze szkoleniem stanowiskowym personelu, podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu LIS/HIS w kontekście ogólnej ceny oferty w poszczególnych pakietach.

Reasumując tą część argumentacji - KIO powinna zweryfikować treść wyjaśnień Wykonawcy SI Alma stanowiących odpowiedź na wezwanie z dnia 2015-08-06 i jeżeli wyjaśnienia te mają nierzetelny charakter, są zbyt ogólnikowe, nie zawierają precyzyjnych wyliczeń, ani dowodów na poparcie tez w nich zawartych, bądź w ogóle potwierdzają twierdzenie o rażąco niskiej cenie oferty, to w takim razie oferta Wykonawcy SI Alma powinna zostać odrzucona w oparciu o treść art. 90 ust. 3 pzp w zw. a art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Niezależnie od powyższego brak wyceny w formularzu ofertowym dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS, wdrożenia systemu klasy HIS wraz ze szkoleniem stanowiskowym personelu, podłączenia aparatów laboratoryjnych do oferowanego w ramach zamówienia systemu LIS/HIS prowadzi do wniosku, iż oferta zawiera błędy w obliczeniu ogólnej ceny i jako taka powinna zostać odrzucona w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

Zarzut opisany w pkt I.a.iii oraz II.a.iii oraz III.a.iii części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art. 7 ust 1 ust 3 pzp oraz art. 9 ust 2 i ust. 3wzw.z art. 26 ust 3 PZP).

Wykonawca 51 Alma do oferty załączył dokumenty dotyczące zaoferowanego w poszczególnych pakietach sprzętu komputerowego. Dokumenty te sporządzone zostały w języku obcym i załączone zostały do oferty bez tłumaczenia na język polski. Z przepisów art. 9 ust. 2 i ust 3 pzp wynika, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim, a załączenie dokumentów bez tłumaczenia na język polski jest dopuszczalne tylko wyjątkowo, gdy wprost taką sytuację - z uzasadnionych powodów - dopuści Zamawiający. Sytuacja taka nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu. Nadto w SIWZ w pkt VI.4 zawarty został zapis o treści:

„ Oferta musi być napisana w języku polskim, na maszynie do pisania, komputerze lub inną trwałą i czytelną techniką oraz podpisana przez osobę(y) upoważnioną/ne do reprezentowania Wykonawcy na zewnątrz i zaciągania zobowiązań w wysokości odpowiadającej cenie oferty. Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski". Z zapisu tego nie można wyprowadzić wniosku, iż Zamawiający dopuścił składanie dokumentów dotyczących zaoferowanego sprzętu bez tłumaczenia na język polski. Zamawiający nie wystosował wobec Wykonawcy SI Alma wezwania do uzupełnienia tłumaczeń dokumentów, czym naruszył treść art. 26 ust. 3 pzp.

Kwestie dotyczące zarzutów sformułowanych wobec oferty Wykonawcy CA CONSULTING.

Zarzut opisany w pkt I.b.i części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art. 7 ust 1 i ust 3 pzp w zw. z art. 26 ust 3 pzp).

Wykonawca CA CONSULTING nie załączył do oferty, złożonej na pakiet A, kart produktowych zaoferowanego serwera i macierzy. Obowiązek załączenia tych dokumentów wynikał z treści pkt V.2.2.5 (str. 10) SIWZ. Zapis ten wyraźnie stanowi, że do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć karty produktowe oferowanego sprzętu. Skoro w

przypadku zaoferowanego serwera i macierzy karty te nie zostały załączone przez Wykonawcę CA CONSULTING, to Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów. Brak wezwania naruszył treść art. 26 ust. 3 pzp.

Zarzut opisany w pkt I.b.ii części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art. 7 ust 1 i ust. 3 pzp oraz art 9 ust. 2 i ust 3 w zw. z art 26 ust 3 pzp).

Wykonawca CA CONSULTING do oferty załączył inne, aniżeli karty produktowe serwera i macierzy, dokumenty dotyczące zaoferowanego w pakiecie A sprzętu komputerowego. Dokumenty te sporządzone zostały w języku obcym i załączone zostały do oferty bez tłumaczenia na język polski. Z przepisów art. 9 ust. 1 i ust 3 pzp wynika, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim, a załączenie dokumentów bez tłumaczenia na język polski jest dopuszczalne tylko wyjątkowo, gdy wprost taką sytuację - z uzasadnionych powodów-dopuszcza Zamawiający. Sytuacja taka nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu. Nadto w SIWZ w pkt VI.4 zawarty został zapis o treści:

„ Oferta musi być napisana w języku polskim, na maszynie do pisania, komputerze lub inną trwałą i czytelną techniką oraz podpisana przez osobę(y) upoważnioną/ne do reprezentowania Wykonawcy na zewnątrz i zaciągania zobowiązań w wysokości odpowiadającej cenie oferty. Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski". Z zapisu tego nie można wyprowadzić wniosku, iż Zamawiający dopuścił składanie dokumentów dotyczących zaoferowanego sprzętu bez tłumaczenia na język polski. Zamawiający nie wystosował wobec Wykonawcy CA CONSULTING wezwania do uzupełnienia tłumaczeń dokumentów, czym naruszył treść art. 26 ust. 3 pzp.

Zarzut opisany w pkt I.b.iii części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art. 7 ust 1 i ust 3 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i ust 4 pzp).

Wykonawca CA CONSULTING nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści przedłożonych dokumentów domniemywać należy, iż Wykonawca ten zamierzał wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotów trzecich. Niemniej przedłożone dokumenty wywołują szereg wątpliwości. Przede wszystkim:

a. Załączono tzw. referencje wystawione na inne podmioty, aniżeli Wykonawca CA CONSULTING, co wskazuje na to, że Wykonawca zamierza wykazać spełnianie warunków o

których mowa w art. 22 ust. 1 pzp poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów. Niemniej z treści protokołów odbioru (str. 63, 67-68 oferty) nie wynika, jaki podmiot zrealizował zamówienie (wątpliwe jest, czy podmiotem tym był ESAprojekt Sp. z o.o., czy też Comarch Polska S.A., czy też konsorcjum tych podmiotów). Nadto z oferty nie wynika, jaki podmiot zrealizował zamówienie, którego dotyczy protokół odbioru zawarty na str. 66 oferty.

b. Brak zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia CA CONSULTING zasobów w trybie art. 26 ust. 2b pzp.

c. W ofercie znajduje się stwierdzenie, iż CA CONSULTING będzie korzystała z podwykonawstwa w zakresie dostawy szpitalnego systemu informatycznego klasy HIS oraz w zakresie wdrożenia systemu HIS wraz ze szkoleniem stanowiskowym personelu. Niemniej nie wskazano, jakie podmioty będą realizować podwykonawstwo. Jeżeli podmioty te jednocześnie udostępniły CA CONSULTING zasoby celem wykazania spełnienia warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, to do oferty powinny zostać załączone, dotyczące tych podmiotów, dokumenty o których mowa w pkt V.1.1.2-1.6 SIWZ (tego typu dokumenty nie zostały załączone do oferty).

Tym samym uzasadnione jest zastosowanie procedury wyjaśnień oraz wezwania do uzupełnienia niezbędnych dokumentów. Brak zastosowania tej procedury przez Zamawiającego skutkowało naruszeniem treści art. 26 ust. 3 i ust. 4 pzp. Zasadnym jest zobowiązanie Zamawiającego do zastosowania tych procedur.

Kwestie dotyczące zarzutów sformułowanych wobec oferty Wykonawcy BIUINF.

Zarzut opisany w pkt III.b.i części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp oraz art 9 ust 2 i ust 3 w zw. z art. 26 ust 3 PZP).

Wykonawca BIUINF do oferty załączył dokumenty dotyczące zaoferowanego sprzętu komputerowego. Dokumenty te sporządzone zostały w języku obcym i załączone zostały do oferty bez tłumaczenia na język polski. Z przepisów art. 9 ust. 2 i ust 3 pzp wynika, że postępowanie prowadzone jest w języku polskim, a załączenie dokumentów bez tłumaczenia na język polski jest dopuszczalne tylko wyjątkowo, gdy wprost taką sytuację - z uzasadnionych powodów - dopuści Zamawiający. Sytuacja taka nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu. Nadto w SIWZ w pkt VI.4 zawarty został zapis o treści:

„Oferta musi być napisana w języku polskim na maszynie do pisania, komputerze lub inną trwałą i czytelną techniką oraz podpisana przez osobę(y) upoważnioną/ne do reprezentowania Wykonawcy na zewnątrz i zaciągania zobowiązań w wysokości

odpowiadającej cenie oferty. Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski". Z zapisu tego nie można wyprowadzić wniosku, iż Zamawiający dopuścił składanie dokumentów dotyczących zaoferowanego sprzętu bez tłumaczenia na język polski. Zamawiający nie wystosował wobec Wykonawcy BIUINF wezwania do uzupełnienia tłumaczeń dokumentów, czym naruszył treść art. 26 ust. 3 pzp.

Zarzut opisany w pkt III.b.ii części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP W ZW. Z art. 26 ust 3 PZP).

Przedsiębiorcy Proinformatyka Sp. z o.o. oraz J. M. Centrum Szkolenia Komputerowego udostępnił BIUINF - celem wykazania przez BIUINF spełnienia warunków udziału w postępowaniu - swoje zasoby osobowe. Powyższe wynika jednoznacznie z treści zobowiązań wystawionych przez te podmioty dla BIUINF w dniach 2015-06-05 (Proinformatyka) i 2015-07-07 (J. M.). Skoro przedmiotem zobowiązania jest udostępnienie zasobów osobowych tych przedsiębiorców, to w takim razie nie sposób zaprzeczyć, iż przedsiębiorcy ci będą brali udział w realizacji zamówienia albowiem oddelegowanie własnych pracowników do wykonywania prac składających się na realizację przedmiotu zamówienia stanowi realizację tego zamówienia (w jakimś zakresie). W tym kontekście należy wskazać na następujący zapis SIWZ zawarty w pkt V (pod podpkt 1.9) Specyfikacji:

„Jeżeli wykonawco, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy; polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art 26 ust 2b ustawy; a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ppkt od 1.2 do 1.6”.

Do oferty BI U INF nie zostały załączone dokumenty, dotyczące przedsiębiorców Proinformatyka i J. M., wyspecyfikowane w pkt V podpkt 1.2 do 1.6 SIWZ. Tym samym Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę BIUINF do uzupełnienia tych dokumentów. Brak wezwania narusza treść art. 26 ust. 3 pzp.

Z ostrożności należy nadmienić, iż jeżeli udostępnienie zasobów osobowych nie nastąpiło w celu wykazania spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, to okoliczność tą należy wyjaśnić w drodze wezwania opartego o treść art. 26 ust. 4 pzp.

Zarzut opisany w pkt III.b.iii części wstępnej odwołania (naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust 3 pzp w zw. z art. 26 ust 4 pzp).

Przedsiębiorca Comtek Systems P. S., w oparciu o zobowiązanie z dnia 2015-05-28 udostępnił Wykonawcy BIUINF swoją wiedzę i doświadczenie. Udostępnienie ma nastąpić poprzez czynności konsultacji. W tym kontekście powstaje wątpliwość, czy przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą jest w stanie udostępnić swoją wiedzę i doświadczenie bez udziału w realizacji części przedmiotu zamówienia. W szczególności pojawia się wątpliwość, czy zobowiązanie do udzielenia wiedzy i doświadczenia nie ma wyłącznie pozornego charakteru. Odwołujący stoi na stanowisku, iż rzeczywiste udzielanie konsultacji musi wiązać się z jednoczesnym braniem w realizacji części zamówienia. Rozstrzygnięcie, iż udzielanie konsultacji wiąże się z realizacją części przedmiotu zamówienia miałoby ten walor praktyczny, iż Wykonawca BIUINF zobowiązany byłby do załączenia do oferty dokumentów, dotyczących przedsiębiorcy P. S., a wyspecyfikowanych w treści pkt V podpkt 1.2 do podpkt 1.6 SIWZ. Tym samym zasadne jest żądanie wezwania Wykonawcy BIUINF do wyjaśnień precyzujących w jaki sposób będą realizowane konsultacje. Brak sformułowania takiego wezwania przez Zamawiającego naruszył treść art. 26 ust. 4 pzp. Jeżeli z treści wyjaśnień wynikać będzie, iż przedsiębiorca P. S. realizować będzie część przedmiotu zamówienia, to w takim razie Wykonawca BIUINF zobowiązany będzie do załączenia dodatkowych dokumentów o których mowa w pkt V podpkt 1.2 do podpkt 1.6 SIWZ.

[...]"

Sygn. akt: KIO 1816/15

W dniu 21.08.2015 r. Asseco Poland S.A. w Rzeszowie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności Zamawiającego podjętych w częściach D, K i M zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu (zarzuty referowane w zakresie podtrzymywanym przez Odwołującego):

1. Naruszenie art. 8 ust. 1 w związku z art. 96 ust. 3 ustawy, co w konsekwencji skutkowało naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień firmy ALMA Sp. z o.o. dotyczących rażąco niskiej ceny w części K oraz M zamówienia wbrew zasadom uregulowanym we wskazanych powyżej przepisach.
2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez Zaniechania dokonania czynności odrzucenia ofert firmy ALMA Sp. z o.o. w części D, K oraz M zamówienia, w sytuacji gdy oferty te były sprzeczne z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz załącznikiem nr 8 do SWIZ, co więcej niedopuszczalne byłoby poprawienie tych ofert zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy.

3. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy ze względu na zaniechanie wykluczenia ALMA Sp. z o.o. w części D, K oraz M zamówienia pomimo braku wniesienia przez tego wykonawcę wadium, którego beneficjentem było Województwo Kujawsko-Pomorskie.
4. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez brak wezwania w części D zamówienia, wykonawcy Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa pkt. V.1.2.2-1.6 SIWZ, a dotyczących Proinformatyka Sp. z o.o. i J. M. Centrum Szkolenia Komputerowego jako podmiotów udostępniających swój potencjał wykonawcy i podmiotów, które będą realizować zamówienie.
5. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy poprzez brak wezwania w części D zamówienia, wykonawcy Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie w jaki sposób Comtek Systems P. S. będzie udostępniał wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie

Zarzuty z pkt 2-5 referują do tożsamyh okoliczności faktycznych, co analogiczne zarzuty sformułowane w odwołaniu o sygn. akt KIO 1811/15

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień firmy ALMA Sp. z o.o. w zakresie części K i M zamówienia dotyczących ceny rażąco niskiej.
2. Unieważnienia czynności oceny ofert w odniesieniu do pakiety D, K i M.
3. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
4. Odrzucenia ofert ALMA Sp. z o.o. w odniesieniu do części D, K i M, ewentualnie wykluczenia tego wykonawcy.
5. Wezwania wykonawcy BIUINF w pakiecie D do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia wymaganych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.
6. Dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ.

Sygn. akt: KIO 1826/15

W dniu 21.08.2015 r. Biuro Usług Informatycznych „BIUINF” J. C., J. G. Sp. j. w Bydgoszczy wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności

Zamawiającego podjętych w częściach G, O i S zamówienia, konkretnie względem (zarzuty referowane w zakresie podtrzymywanym przez Odwołującego):

1. Odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ w pakiecie G i S, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,
2. Braku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy,
3. Braku odrzucenia oferty Alma Sp. z o.o. w pakiecie O pomimo, iż zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy,
4. Braku udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Alma Sp. z o.o. dotyczących ceny rażąco niskiej, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w części O zamówienia, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 2 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp.

Zarzut nr 4 referuje do tożsamyh okoliczności faktycznych, co analogiczny zarzut sformułowany w odwołaniu o sygn. akt KIO 1816/15

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w częściach G oraz S zamówienia,
2. unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty Konsultant IT Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w częściach G oraz S,
3. unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty Alma Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w części O,
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w toku Postępowania w częściach G, O oraz S,
5. odrzucenia oferty wykonawcy Alma Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w części O.
6. dokonania ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych w częściach G, O i S,
7. zapewnienia Odwołującemu niezwłocznego dostępu do wszystkich jawnych załączników do protokołu Postępowania w pakiecie O.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Sygn. akt: KIO 1811/15

Zarzuty opisane w pkt I.a.i, II.a.i oraz III.a.i części wstępnej odwołania.

Zarzut uznano za niezasadny.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż według art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Podstawa wykluczenia wykonawcy opisana w ww. przepisie odnosi się również do przypadku, gdy wniesione wadium jest nieprawidłowe i z tego względu uznawane jest za niewniesione w rozumieniu przepisów ustawy.

Definiując przypadki nieprawidłowości wadium *a contrario*, wskazać można, iż prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego. Każde wniesienie wadium do zamawiającego w stosownym terminie, w wymaganej wysokości i na odpowiedni okres, w formach w ustawie określonych, pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W przedmiotowej gwarancji wadialnej jako beneficjenta gwarancji wskazano Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko - Pomorskiego w Toruniu, zamiast Województwa Kujawsko - Pomorskiego w Toruniu, które jako jednostka samorządu terytorialnego jest w tym przypadku zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższa nieprawidłowość oznaczenia zamawiającego/beneficjenta gwarancji nie rodzi żadnych negatywnych skutków prawnych mnożonych przez Odwołującego i nie prowadzi do niemożliwości realizacji gwarancji wadialnej. Odmowa wypłaty kwoty

gwarantowanej na rzecz Urzędu, a faktycznie Województwa, z którym urząd jest często mylony, i którego jako beneficjenta gwarancji, wystawca gwarancji sam wskazał, nie mieści się w zasadach współżycia społecznego ani zwyczajach handlowych panujących w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, jaką jest regulowana działalność ubezpieczeniowa. Wystawiając przedmiotową gwarancję, w dobrej wierze, której domniemanie należy przyjąć, towarzystwo ubezpieczeniowe zobowiązało się do wypłaty kwoty gwarantowanej na pisemne żądanie określonego beneficjenta gwarancji, w przypadku wystąpienia wskazanych w niej okoliczności niezależnie od błędu w oznaczeniu „firmy” beneficjenta. Ponadto o wypłatę gwarancji zawsze może zwrócić się podmiot leczniczy, którego dana część zamówienia dotyczy, a którego jako beneficjenta gwarancji również wskazano w jej treści.

Tym samym tego typu błąd w gwarancji nie prowadzi w tym przypadku do niemożliwości uzyskania kwoty gwarantowanej przez zamawiającego w sytuacjach w ustawie określonych i nie uzasadnia stwierdzenia braku przedłożenia ważnego wadium przez wykonawcę SI Alma.

Zarzuty opisane w pkt I.a.iii, II.a.iii oraz III.a.iii części wstępnej odwołania.

Zarzut uznano za zasadny w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i zaniechania odrzucenia oferty na podstawie tego przepisu w związku z podanymi w treści odwołania okolicznościami faktycznymi. W pozostałym zakresie zarzuty uznano za niezasadne.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W rozdz. V pkt 2 ppkt. 2.1 SIWZ Zamawiający żądał przedstawienia przez wykonawcę w jego ofercie wypełnionego formularza ofertowego, którego wzory (w zależności od części zamówienia) określił w załącznikach 2A-2W do SIWZ.

Według rzeczonych wzorów formularzy ofertowych (tabela w pkt 1) cenę oferty należało zaprezentować w rozbiciu na poszczególne elementy oferowanego przedmiotu świadczenia. Należało oddzielnie wycenić wskazane przez Zamawiającego części zamówienia (wpisać ich wartości), a następnie podać łączną, żadaną cenę ryczałtową za całość przedmiotu zamówienia.

SI Alma Sp. z o.o. nie wyceniła niektórych żądanych przez Zamawiającego pozycji formularza ofertowego wskazywanych w treści odwołania, zamiast kwot wstawiając w stosownych, przewidzianych na to wierszach i kolumnach tabeli, kreski.

Powyższe stanowi ewidentny przypadek niezgodności treści oferty wybranej z treścią SIWZ (z pkt 1 wzoru formularza ofertowego w zw. z rozdz. V pkt 2 ppkt. 2.1 SIWZ).

W świetle powoływanych postanowień SIWZ Zamawiający wyraźnie określił, iż oferta wykonawcy ma być przygotowana według wskazanych wymagań, zwłaszcza odpowiadać swoją treścią wzorowi formularza ofertowego. Obowiązkowym elementem oferty była więc w tym przypadku tabela cenowa, wypełniona według wzoru formularza ofertowego. Tabela ta miała zawierać rozbicie ceny za poszczególne, wyodrębnione przez zamawiającego części przedmiotu zamówienia. Służyła więc do zobrazowania w jaki sposób poszczególne elementy przedmiotu zamówienia wykonawca wycenia, i w jaki sposób cenę oblicza. Wymaganie jej wypełnienia i podania tego typu danych nie jest więc wymaganie odnoszącym się do formalnej strony oferty, ale bezpośrednio do prezentacji składowych jej ceny – głównego elementu zobowiązania. Tabela z pkt 1 formularza ofertowego stanowi więc treść oferty.

SI Alma Sp. z o.o. nie wypełniła ww. tabeli zgodnie z żądaniami SIWZ. Zabrakło w niej wycenienia niektórych, i zasadniczych pozycji zamówienia, co stanowi przejaw

niezgodnego z żądaniami SIWZ sposobu przygotowania i przedstawienia treści oferty – braku podania w ofercie wszystkich informacji od wykonawcy wymaganych.

W żadnym razie nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, które sprowadza się do przyjęcia, że w istocie wypełnienie formularza ofertowego w zakresie danych wyżej wskazanych było nieobowiązkowe i dowolne, i że wystarczyło podać samą cenę za cały przedmiot zamówienia. Wręcz przeciwnie, Zamawiający żądał podania tego typu informacji w rozbiciu na poszczególne, wskazane elementy przedmiotu zamówienia oraz uczynił to jasno i wyraźnie. Natomiast obowiązkiem wykonawców jest zastosowanie się do wymaganego i niezakwestionowanego w ramach środków ochrony prawnej, sposobu przygotowania oferty w zakresie jej treści. W przypadku gdy wykonawca zgodził się na warunki przetargowe Zamawiającego, to powinien się do nich stosować i złożyć ofertę w sposób tam wymagany. Natomiast Zamawiający winien wymagania swoich dokumentów przetargowych egzekwować.

Izba uznała również, iż niemożliwe jest poprawienie opisanej wyżej niezgodności treści oferty Alma z treścią SIWZ w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W świetle powołanego przepisu poprawienie niezgodność tego typu (kwalifikowanej przez ustawodawcę jako „omyłka”) nie może prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w tym przypadku poprawienie takie prowadziłyby do wycenienia znaczącej części świadczenia, która pozostawała niewyceniona, a której wartość należałoby dopiero ustalać na podstawie wyjaśnień i oświadczeń wykonawcy z dnia 10 sierpnia br.

Z uwagi na powyższe nakazano Zamawiającemu odrzucenie oferty SI Alma jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zarzut opisany w pkt I.a.iii, II.a.iii oraz III.a.iii części wstępnej odwołania.

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Według ust. 3 tego przepisu w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2015 r. (str. 62) w odpowiedzi na pytania dotyczące SIWZ, dopuścił składanie dokumentów dotyczących sprzętu w języku angielskim. Powyższa okoliczność czyni zarzut odwołania pozbawionym oparcia.

Zarzut opisany w pkt I.b.i części wstępnej odwołania.

Zarzut jest niezasadny.

W pkt V.2.2.5 (str. 10) SIWZ żądano przedstawienia wraz z ofertą kart produktów oferowanego sprzętu.

Do oferty CA CONSULTING załączono szereg dokumentów przedmiotowych pozwalających zidentyfikować rodzaj, konstrukcję i parametry oferowanych serwerów i macierzy. Kart produktu sporządzonych przez producenta sprzętu nie załączono.

Jednakże w związku z faktem, iż w treści SIWZ nie zdefiniowano pojęcia „karta produktu”, a także Odwołujący nie udowodnił, a nawet nie przedstawił w jaki sposób pojęcie tego typu funkcjonuje i jest rozumiane na danym rynku, w szczególności, że musi to być dokument sporządzony przez producenta sprzętu. Izba stwierdziła więc, że za kartę produktu mogą być uznane wszelkie dokumenty identyfikujące serwery i macierze oraz opisujące ich cechy techniczne i użytkowe. Innymi słowy kartą produktu jest jakikolwiek dokument o tym produkcie informujący, nie tylko wystawiony przez producenta.

Na marginesie Izba wskazuje, że żądanie dokumentów bliżej nieokreślonych, i jak się okazuje Zamawiającemu zbędnych, nie powinno mieścić się w standardzie sporządzania dokumentów przetargowych.

Zarzut opisany w pkt I.b.ii części wstępnej odwołania został oddalony z uzasadnieniem analogicznym do oddalenia zarzutu opisanego w pkt I.a.iii, II.a.iii oraz III.a.iii (zarzut dotyczący braku tłumaczenia dokumentów przedmiotowych sporządzonych w języku obcym).

Zarzut opisany w pkt I.b.iii części wstępnej odwołania

Zarzuty sformułowane w tym punkcie odwołania są niezasadne.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy 3 zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Według ust. 4 tego przepisu zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Warunki udziału w postępowaniu zostały opisane przez Zamawiającego w rozdz. IV SIWZ.

Odwołujący w ramach swoich zarzutów właściwie nie wskazał i nie opisał, które ze sformułowanych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu zostały niewykazane przez CA Consulting oraz dlaczego. Nie postawił więc nadającego się do rozpoznania zarzutu opartego o konkretne, powiązane z treścią warunków podstawy faktyczne.

Ponadto uwagi Odwołującego mające markować treść zarzutów w tym zakresie są niezgodne ze stanem faktycznym:

- a) W złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach i uzupełnieniach z dnia 10 sierpnia 2015 r. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu CA Consulting wyjaśniła i wskazała, jakie podmioty realizowały poszczególne, wykazywane usługi. Ponadto Odwołujący w ogóle nie wskazał jakie znaczenie dla oceny wykazania poszczególnych warunków udziału w postępowaniu mają mnożone przez niego w tym zakresie wątpliwości.
- b) W ofercie (str. 73-78) i uzupełnieniu z dnia 10 sierpnia 2015 r. znajdują się oryginalne zobowiązania wszystkich podmiotów trzecich, na które powołuje się wykonawca.
- c) Do pisma z dnia 10 sierpnia 2015 r. CA Consulting załączyła dokumenty podmiotowe dotyczące Comarch S.A./Comarch Polska S.A./Comarch Healthcare S.A.

Zarzut opisany w pkt III.b.i części wstępnej odwołania – brak tłumaczenia dokumentów dotyczących sprzętu komputerowego w ofercie BIUINF oddalono z uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku zarzutu z pkt I.a.iii, II.a.iii oraz III.a.iii.

Zarzut opisany w pkt III.b.ii części wstępnej odwołania.

Zarzut oddalono.

Odwołujący zgodnie z rzeczywistością opisał stan faktyczny sprawy w treści odwołania przytoczanej powyżej. Wskazane tam podmioty, Proinformatyka Sp. z o.o. i J. M. Centrum Szkolenia Komputerowego, zadeklarowały, że udostępniają wykonawcy swój potencjał osobowy, nie deklarowały jednak, że będą brały udział w realizacji zamówienia.

Izba nie podziela założenia Odwołującego, jakoby udostępnienie zasobów osobowych/personelu przedsiębiorcy przesądzało, iż podmiot ten bierze udział w realizacji zamówienia. Udział taki (w tej czy innej formie) mogą brać jedynie ich pracownicy, natomiast okoliczność czy udział będzie brał również ich pracodawca zależy od szeregu różnych czynników, takich jak sposób udostępnienia personelu i stopień zachowywanej nad nim kontroli/kierownictwa w trakcie realizacji zadań związanych z wykonaniem zamówienia. Izba konstatuje więc, iż realne udostępnienie personelu jest jak najbardziej możliwe bez brania

udziału w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający. Tym samym wykonawca BIUINF nie musiał przedstawiać dokumentów potwierdzających, że podmioty udostępniające mu swoje zasoby nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – skoro podmioty udostępniające deklarowały brak takiego udziału.

Brak ww. obowiązku wynika z § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w świetle którego zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu z postępowania jedynie w przypadku, gdy podmioty takie będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Zarzut opisany w pkt III.b.iii części wstępnej odwołania.

Zarzut uwzględniono.

Podstawą prawną dla uwzględnienia przedmiotowego zarzutu w związku ze wskazanymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi jest przepis art. 26 ust. 2b ustawy, zgodnie z którym, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Izba uznała, iż w tym przypadku, przy przedmiotowym zakresie udostępnianego potencjału, lakoniczne oświadczenie, w którym wskazuje się jedynie, że udostępnia się wiedzę i doświadczenie, a będzie to miało miejsce w postaci konsultacji, nie jest wystarczającym udowodnieniem Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował tego typu potencjałem i będzie mógł go realnie wykorzystywać w trakcie realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy BIUINF do uzupełnienia dowodów potwierdzających dysponowanie wiedzą i doświadczeniem Comtek Systems w trakcie realizacji zamówienia.

Sygn. akt: KIO 1816/15

Ad. 1.

Zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień SI Alma dotyczących ceny rażąco niskiej uznano za niezasadny.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Według ust. 2 tego przepisu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednakże według ust. 3 nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4. ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wyjaśnienia SI Alma złożone w dniu 10 sierpnia 2015 r. dotyczące ceny rażąco niskiej spełniają ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa: pozostają nieujawnione do wiadomości publicznej, a także są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa posiadającymi wartość gospodarczą. Informacje te dotyczą między innymi funkcjonowania spółki, w tym kontaktów handlowych, organizacji pracy (pracochłonności i czasochłonności stosowanych procesów), metod kalkulacji cen stosowanych w ramach działalności operacyjnej, wysokości kosztów własnych, wysokości rabatów przysługujących firmie, wysokości stosowanych marż. Ujawnienie tego typu informacji mogłoby prowadzić do przewidywalności działań i strategii sprzedażowych firmy i tym samym wpływać na obniżenie jej konkurencyjności rynkowej.

Ponadto wykonawca wskazał powyższe okoliczności przy ich zastrzeganiu oraz zadeklarował, że podjął i podejmuje niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a także te działania opisał.

W związku z powyższym utrzymano poufny charakter wyjaśnień ALMA dotyczących cen oferowanych w postępowania.

Ad. 2.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty SI Alma jako niezgodnej z treścią SIWZ w związku z brakiem wycenienia wskazanych części zamówienia w formularzu ofertowym uznano za zasadny z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku zarzutu z pkt I.a.iii, II.a.iii oraz III.a.iii odwołania o sygn. akt. KIO 1811/15.

W związku z powyższym nakazano odrzucenie oferty Alma w częściach, których odwołanie dotyczyło.

Ad. 3.

Zarzut zaniechania wykluczenia SI Alma z postępowania w związku z brakiem wniesienia wadium oddalono z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku zarzutu z pkt I.a.i, II.a.i oraz III.a.i odwołania o sygn. akt. KIO 1811/15.

Ad. 4.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy BIUINF do uzupełnienia dokumentów dotyczących Proinformatyka Sp. z o.o. i J. M. Centrum Szkolenia Komputerowego oddalono z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku zarzutu z pkt III.b.ii odwołania o sygn. akt. KIO 1811/15.

Ad. 5.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy BIUINF do wyjaśnienia kwestii związanych z udostępnieniem zasobów wiedzy i doświadczenia przez Comtek Systems uwzględniono z uzasadnieniem analogicznym, jak w przypadku zarzutu z pkt III.b.iii odwołania o sygn. akt. KIO 1811/15.

Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy BIUINF do uzupełnienia dowodów potwierdzających dysponowanie wiedzą i doświadczeniem Comtek Systems w trakcie realizacji zamówienia.

Sygn. akt: KIO 1826/15

Ad. 1 i 2

Zarzut nr 2 uwzględniono, natomiast zarzut nr 1 uznano za bezprzedmiotowy i niemożliwy do rozpoznania.

Pismem z dnia 6 sierpnia br. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a konkretnie potwierdzenia, że oferowany system zapewnia „możliwość pracy w modelu trójwarstwowym i gwarantuje dostęp do aplikacji przez przeglądarkę WEB”.

W piśmie z dnia 10 sierpnia 2015 r. Odwołujący zadeklarował, iż jego oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, w tym oświadczył, że oferowany system „umożliwia równoczesną pracę w obu modelach i gwarantuje dostęp do aplikacji przez przeglądarkę WEB”. Ponadto przedstawił szereg wyjaśnień technicznych i prawnych.

W informacji o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 11 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował, iż odrzucił ofertę BIUINF „z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca pomimo uzupełnienia dokumentacji na wezwanie Zamawiającego nie wykazał zgodności oferowanego systemu z zapisami opisu przedmiotu zamówienia”.

Powyższy cytat stanowi całość uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Rozpatrując i oceniając podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego wskazane przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 11 sierpnia br., Izba stwierdziła, iż Zamawiający żadnych podstaw faktycznych dokonanej przez siebie czynności właściwie nie podał. Wskazał jedynie ogólnie na niezgodność oferty z SIWZ, a raczej na fakt, że wykonawca nie udowodnił, że oferta z SIWZ jest zgodna.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie podał i nie opisał, z którymi konkretnie materialnymi bądź formalnymi wymaganiami specyfikacji uznaje ofertę Wykonawcy za niezgodną oraz na czym ta niezgodność ma polegać – nie wskazał, których informacji w treści oferty zabrakło lub z jakich powodów informacje podane uznaje za niewystarczające lub niezgodne z SIWZ, tudzież na czym polega niezgodność oferowanego świadczenia (systemu) z wymaganiami co do jego kształtu i właściwości sformułowanymi w SIWZ. Nie wskazał więc w związku z jakimi okolicznościami faktycznymi uznaje ofertę za niezgodną z SIWZ.

Nie zasługuje na podzielenie stanowisko Zamawiającego, iż Wykonawca mógł wywnioskować jaka konkretnie niezgodność treści oferty z SIWZ jest mu zarzucana i czyniona podstawą odrzucenia oferty w związku z zestawieniem informacji o odrzuceniu oferty z dnia 11 sierpnia 2015 r. z wezwaniem do wyjaśnień z dnia 6 sierpnia 2015 r..

Pomijając fakt, iż uzasadnienie odrzucenia oferty winno być podane w informacji o rozstrzygnięciu postępowania i to w taki sposób, aby nie pozostawiało wątpliwości, które okoliczności faktyczne zamawiający uznaje za przesądzające o np. niezgodności treści oferty z SIWZ i czyni je podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – stwierdzić należy, że w tym przypadku nie można takowych okoliczności zrekonstruować nawet pośrednio, przez odwołanie się do ww. wezwania do wyjaśnień.

W wezwaniu tym Zamawiający zwrócił się o potwierdzenie, że system posiada określone cechy i Wykonawca to uczynił, tj. zadeklarował, że system je posiada. Następnie Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy nie podając żadnych konkretnych względów i okoliczności, dla których wyjaśnienia wykonawcy uznaje za niewystarczające, nieprawdziwe lub się z nimi nie zgadza (i w jakim zakresie), a

jedynie stwierdził, że wykonawca „nie wykazał zgodności oferowanego systemu z zapisami opisu przedmiotu zamówienia”. Jak już wskazano, Zamawiający nie podał więc wykonawcy, co konkretnie w jego ofercie uznaje za niezgodne z treścią SIWZ i dlaczego, a także z jakich względów uznaje tego typu okoliczności za „niewykazane”. Tym samym Odwołujący mógł jedynie domyślać się faktycznych podstaw odrzucenia jego oferty i formułować hipotetyczne zarzuty odwołania w tym zakresie.

W związku z powyższym należało potwierdzić zarzut odwołania i orzec naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego, co spowodowało wadliwość samej czynności odrzucenia oferty.

Przy czym zaznaczyć należy, iż naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale może mieć wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Mianowicie podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Natomiast sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym zakres orzekania Izby wyznacza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast zakres zarzutów zawartych w odwołaniu wyznacza zakres zarzutów podniesionych względem oferty w uzasadnieniu czynności jej odrzucenia przez zamawiającego. Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą sensownie podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający podał im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie albo na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić. Jakiegokolwiek podstawy odrzucenia oferty, które nie zostały wyrażone bezpośrednio, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, w ramach uzasadnienia danej czynności, ale są podnoszone przez zamawiającego dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Izbę. Powołany przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez zamawiającego wadach w ich ofertach, dopiero w ramach postępowania odwoławczego, ryzykując poniesienie jego kosztów.

W związku z powyższym jakiegokolwiek uzupełnienia powodów odrzucenia oferty dokonywane w trakcie postępowania odwoławczego nie mogą wywrzeć wpływu na jego przebieg. Natomiast inaczej należałoby odnieść się do sytuacji, w której zamawiający unieważnia pierwotną czynność odrzucenia oferty, a następnie ją powtarza (jako czynność nową) – tym razem już z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego tej czynności. W

takim przypadku odwołanie (o ile nie zostałyby cofnięte) podlegałoby oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, w związku z brakiem „w obrocie” czynności, której odwołanie dotyczyło. Natomiast wykonawca miałby możliwość oceny zasadności wniesienia odwołania względem nowej, akuratnie już uzasadnionej, czynności zamawiającego, w terminie liczonym od dnia podjęcia tej czynności.

Ze względu na powyższe, w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba nie orzekała o żadnych powodach odrzucenia oferty Odwołującego (czyli o jej ewentualnej niezgodności z SIWZ), które nie zostały podane w uzasadnieniu czynności odrzucenia, ale były podnoszone przez uczestników postępowania w pismach procesowych czy na rozprawie. Izba nie rozpoznała więc zarzutu nr 1 jako bezprzedmiotowy, tj. formułowany względem okoliczności, które nie zostały wskazane jako podstawa odrzucenia oferty.

Natomiast w związku z popełnionym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie względem tak przeprowadzonej czynności i nakazała Zamawiającemu jej powtórzenie wraz z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego czynności, w celu umożliwienia Wykonawcy postawienia zarzutów co do ewentualnie stwierdzonych i akuratnie wyrażonych przez zamawiającego faktycznych podstaw odrzucenia oferty. Przy czym zaznaczyć należy, iż sentencja zapadłego wyroku nie zobowiązuje bynajmniej Zamawiającego do uzyskania dokładnie takiego samego wyniku oceny ofert, jak w przypadku czynności będącej przedmiotem niniejszego odwołania.

Ad 3

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
 - 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów

pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Powyższe regulacje wymagają podkreślenia zwłaszcza w kontekście, iż możliwość orzeczenia o wystąpieniu ceny rażąco niskiej, w tym stwierdzenia faktycznego domniemania jej wystąpienia oraz obalenia takiego domniemania, sprowadza się właśnie do kwestii dowodowych.

Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08: „*przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka,*

która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku ze wskazanym powyżej brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”*. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: *„Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”*

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: *„o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”*. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: *„odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”*.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) wskazano, m.in.: *„Ustawa wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej*

ceny nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.”

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia” (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie trzecie” pod red. Tomasza Czajkowskiego, Warszawa 2007, str. 305). W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żadanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy chodzi o wartość rynkową. Tym samym to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występującym w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jest właściwie bezprzedmiotowe.

Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Natomiast w przypadku wystąpienia faktu zniżenia ceny oferowanej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, konieczne będzie wykazywanie i ustalanie wszelkich okoliczności związanych z możliwością obniżenia ceny, w tym odnoszących się do indywidualnych kosztów wykonawcy związanych z wykonaniem danego zamówienia. Dopiero w tym w przypadku, gdy cena ofertowa odbiega od wartości zamówienia, aby udowodnić jej legalny charakter wykonawcy pozostawało będzie właściwie nic innego, jak wykazać dostępne mu indywidualne czynniki, które pozwoliły mu skalkulować cenę ofertową na zastanym poziomie, bez strat własnych i finansowania zamówienia z innych źródeł (np. czynniki wymienione przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 lub po prostu rzetelną, wiarygodną i weryfikowalną kalkulację własnych kosztów wykonania zamówienia korespondującą z ceną oferowaną).

Powyższe wykonawca powinien uczynić w ramach wyjaśnień, do których zgodnie z art. 90 ust. 1 musi go wezwać zamawiający przed przesądzeniem charakteru ceny oferowanej.

Przy czym należy generalnie wskazać, iż w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. Czynność taka podjęta zostaje w oparciu o informacje dostępne zamawiającemu, które zgodnie z przepisami ustawy mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 Pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań... *etc.*, dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Wiadomości na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnych, dostępnych wykonawcy okoliczności, które taką kalkulację umożliwiają, zamawiający zazwyczaj nie może uzyskać i ustalić na podstawie innego źródła niż sam wykonawca i przede wszystkim informacje te powinien uzyskać w stosownym czasie – co pozwoli mu na dokonanie prawidłowej czynności przyjęcia bądź odrzucenia oferty – a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym, co do zasady, wykonawca już w ramach swoich wyjaśnień składanych zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie, powinien podać dostępne mu indywidualnie okoliczności i powody, które umożliwiły skalkulowanie tak niskiej ceny.

Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko

w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: *„Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji”*.

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: *„iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp.”* Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i „jakości” wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie

wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, *etc...* przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

W rozpatrywanym przypadku SI Alma Sp. z o.o. złożyła obszernie, szczegółowe i rzeczowe wyjaśnienia dowodzące własnych możliwości zaoferowania danych cen za zamawiany zakres przedmiotu zamówienia, także w Pakiecie O zamówienia.

W szczególności Wykonawca przedstawił kalkulację kosztów składających się na jego ceny ofertowe, także w odniesieniu do okoliczności ogólnie wskazywanych przez Odwołującego na poparcie swoich zarzutów. Mianowicie podano sposób wyceny sprzętu, licencji i szkoleń. Izba przy bierności dowodowej Odwołującego w zakresie wykazywania rynkowej wartości tego typu elementów przedmiotu świadczenia, nie znajduje podstaw do zakwestionowania wiarygodności wyjaśnień Alma, tym bardziej, iż w znacznym zakresie zostały wsparte dowodami z ofert jej kontrahentów.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że ww. wykonawca wykazał realny poziom swojej ceny ofertowej zgodnie z wymaganiami art. 90 ust. 2 ustawy.

Ad. 4

Zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia Odwołującemu objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień SI Alma dotyczących ceny rażąco niskiej w części O zamówienia, uznano za niezasadny z uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku zarzutu nr 1 odwołania o sygn. akt KIO 1816/15.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....